

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

**La nueva figura del contrato minero en Ecuador y su
análisis con la legislación comparada: principales
cláusulas a tenerse en cuenta al momento de su
negociación**

Carlos Mauricio Núñez Bazante

2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Dr. Mauricio Núñez B.

30 de septiembre del 2011

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

**La nueva figura del contrato minero en Ecuador y su
análisis con la legislación comparada: principales
cláusulas a tenerse en cuenta al momento de su
negociación**

Carlos Mauricio Núñez Bazante

2011

Tutor: Dr. Luis Benalcázar B.

Quito

RESUMEN

El propósito de este trabajo es presentar un análisis de las cláusulas contractuales más importantes que se incluyen en los contratos mineros (principalmente de explotación minera), comparándolos con los utilizados en otros países, a fin de determinar si nuestro modelo de contrato es adecuado a la práctica contractual internacional y cómo podrían ser mejorados.

Al mismo tiempo, nuestra investigación buscará también determinar si los principios y teorías del Derecho Administrativo (tales como: continuidad, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión, la responsabilidad extracontractual objetiva, la fuerza mayor, etc.) han sido recogidos por nuestra legislación minera y por los contratos mineros en Ecuador.

Nuestra tesis contiene cuatro capítulos concatenados entre sí y con una secuencia progresiva lógica (Capítulo I de Consideraciones Generales; Capítulo II de los Contratos de Explotación Minera en Ecuador; Capítulo III de los Contratos de Explotación Minera en la Legislación Comparada; y, Capítulo IV de las Principales Cláusulas Conflictivas para Negociación), los mismos que nos permiten llegar a las conclusiones de este trabajo.

DEDICATORIA

Para ti Xime, por tu amor y comprensión.

Para Juan Ignacio y Juan Emilio, por motivarme a crecer con ustedes.

Para mis padres, por ser mis modelos de vida.

AGRADECIMIENTO

A los profesores de la Universidad Andina Simón Bolívar por ser verdaderos maestros del Derecho Administrativo y por su generosidad al momento de compartir sus conocimientos y experiencias con nosotros.

Un agradecimiento especial al Dr. Luis Benalcázar, tutor de este trabajo, por su guía y tiempo invertido para tratar de que esta tesis tenga la relevancia requerida y pueda servir de referencia para los estudiosos de este tema.

TABLA DE CONTENIDO

| <u>Contenido</u> | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| Introducción. | 9 |
| Capítulo I: Consideraciones generales. | 13 |
| 1.1 La minería en general. | 13 |
| 1.2 Fases de la actividad minera. | 14 |
| 1.3 Evolución legislativa en materia minera en los últimos años: | 17 |
| 1.3.1 Legislación Anterior | 17 |
| 1.3.2 Mandato Minero | 23 |
| 1.3.3 Nueva Constitución de la República | 27 |
| 1.3.4 Nueva Ley de Minería. | 28 |
| 1.4 Importancia de los nuevos contratos mineros desde el punto de vista del Derecho Administrativo Ecuatoriano. | 30 |
| 1.4.1 Continuidad. | 34 |
| 1.4.2 El hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión | 36 |
| 1.4.3 Mutabilidad o lus Variandi | 39 |
| 1.4.4 Responsabilidad extracontractual objetiva | 41 |
| 1.4.5 Fuerza mayor | 44 |
| 1.4.6 Sanciones contractuales | 45 |
| Capítulo II: Los contratos de explotación minera en Ecuador - Términos y condiciones en general. | 49 |
| 2.1 Marco legal aplicable | 51 |
| 2.2 Autoridades mineras | 51 |
| 2.3 Actos administrativos previos | 52 |
| 2.4 Fase minera para la suscripción del contrato | 53 |
| 2.5 Fases mineras incluidas en el contrato de explotación | 54 |
| 2.6 Concesión minera | 54 |
| 2.7 Patente de concesión de concesión | 57 |
| 2.8 Contenido del contrato de explotación minera | 58 |
| 2.9 Obligaciones laborales | 59 |
| 2.10 Participación en los beneficios | 60 |
| 2.11 Contrato de prestación de servicios | 61 |

| | |
|---|----|
| Capítulo III: Los contratos de explotación minera en la legislación comparada. | 61 |
| 3.1 Bolivia | 61 |
| 3.2 Colombia | 62 |
| 3.3 Chile | 63 |
| 3.4 Perú | 64 |
| 3.5 Modelo de contrato minero de la IBA (Asociación Internacional de Abogados) | 67 |
| | |
| Capítulo IV: Principales cláusulas conflictivas para su negociación. | 70 |
| 4.1 Definición de inversiones | 71 |
| 4.2 Protección a la inversión | 74 |
| 4.3 Plazo del contrato | 75 |
| 4.4 Garantía de casa matriz | 77 |
| 4.5 Responsabilidad ambiental | 78 |
| 4.6 Solución de controversias | 79 |
| | |
| Conclusiones. | 81 |
| | |
| Bibliografía. | 92 |

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo está basado en un análisis de la nueva Ley de Minería emitida el 29 de enero del 2009. El objetivo principal es realizar una disección de las cláusulas contractuales más importantes que se incluyen en los contratos mineros (principalmente de explotación minera), comparándolos con los utilizados en otros países de raigambre minera (tales como Bolivia, Chile y Perú); para concluir finalmente, respecto a si nuestro modelo de contrato es adecuado a la práctica contractual internacional y qué ajustes podrían ser requeridos. Una limitación que podríamos encontrar es la falta de un modelo “oficial” del nuevo Contrato; sin embargo, consideramos que este vacío no afectará nuestro trabajo, pues aún en caso de no existir dicho modelo, nuestro trabajo podría más bien contribuir para la elaboración del mismo o para su uso en las negociaciones contractuales que se lleguen a producir.

El tema minero en Ecuador no es nuevo; sin embargo, sí lo es la celebración de contratos mineros a los que deberán someterse los concesionarios, en virtud de la nueva legislación minera vigente. El escenario de estos nuevos contratos y la negociación de los mismos, no están claros por el momento. Se puede decir que tanto autoridades mineras como concesionarios mineros son neófitos en la suscripción de esta nueva figura de contratos, pues hasta ayer lo único que amparaba y demostraba la titularidad de los concesionarios era un “*título minero*”.

Usualmente, las cláusulas que generarán mayores problemas son las de: obligaciones, responsabilidad ambiental extracontractual, pago de regalías o similares, garantía a las inversiones, estabilidad legal y/o tributaria, causales de terminación, y solución de controversias.

El problema radica entonces en el desconocimiento y vacíos que genera la nueva figura de los contratos mineros en nuestro país, constituyendo nuestro aporte en el análisis con el Derecho Comparado de países mineros por excelencia, pues al no existir legislación suficiente en nuestro país y siendo la existente muy general, es importante realizar una comparación con legislaciones y contratos ya existentes de otros países a fin de determinar las que podrían ser las mejores o más aceptables cláusulas contractuales en la industria minera; las cuales, a su vez, podrían facilitar los procesos de negociación y suscripción de contratos mineros en Ecuador.

La investigación del tema propuesto se justifica, debido a que: (i) se trata de un tema novedoso, de actualidad y de relevancia jurídica (además de económica); y, (ii) el contenido o redacción de las cláusulas de los contratos mineros, determinará si la industria minera en Ecuador despegará o no como se tiene previsto; pues, cláusulas inaceptables o demasiado permisivas, podrían desincentivar jurídicamente a nuevas inversiones por un lado, o perjudicar al Estado por el otro.

El marco teórico es entonces amplio respecto al tema contractual, pues ya se ha escrito bastante sobre principios, teorías y atribuciones contractuales, tales como: continuidad, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión, la responsabilidad extracontractual objetiva, la fuerza mayor, etc. Nuestra

investigación buscará ahora cómo aplicar estas tesis a los contratos mineros en Ecuador; es entonces aquí que nuestro trabajo alcanzará el mayor nivel de relevancia y vinculación con el Derecho Administrativo.

En el Capítulo I de Consideraciones Generales realizamos una breve descripción de la minería en general, describiendo las clases de minería. También explicamos las fases de la actividad minera, de acuerdo con nuestra legislación y con la técnica (yendo desde la prospección hasta el cierre de minas). Entramos entonces en materia legislativa minera, realizando un análisis de la legislación anterior, del denominado Mandato Minero, de la nueva Constitución de la República y de la nueva Ley de Minería. Concluimos este capítulo con un análisis de la importancia de los nuevos contratos mineros desde el punto de vista del Derecho Administrativo ecuatoriano, tratando de determinar si algunos principios y teorías del Derecho Administrativo (tales como continuidad, mutabilidad, responsabilidad extracontractual objetiva, etc.) han sido previstos o no dentro de la actual legislación minera y dentro de los nuevos contratos mineros.

En el Capítulo II de los Contratos de Explotación Minera en Ecuador, detallamos los principales términos y condiciones que han sido incluidos en los primeros contratos de explotación minera de gran escala que aún se halla negociando el Estado Ecuatoriano, entre otros: marco legal aplicable, actos administrativos previos, fases mineras incluidas en el contrato de explotación, concesión minera, participación en los beneficios, etc.

En el Capítulo III de los Contratos de Explotación Minera en la Legislación Comparada, analizamos la modalidad de explotación minera (sea

contrato, concesión minera u otra modalidad) en los otros países de la región (Bolivia, Colombia, Chile, Perú y el Modelo de contrato minero de la Asociación Internacional de Abogados).

En el Capítulo IV de las Principales Cláusulas Conflictivas para Negociación, al haber tenido el privilegio de participar directamente como parte de un equipo negociador de una de las compañías mineras que se halla negociando con el Estado la suscripción de un contrato de explotación minera, hemos podido identificar las cláusulas que pueden ser más conflictivas en la negociación de este tipo de contratos (protección de las inversiones, plazo del contrato, garantías, responsabilidad ambiental, solución de controversias, entre otras).

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES.

1.1 LA MINERÍA EN GENERAL

Los minerales han tenido tal importancia en el desarrollo de la humanidad que, según se han ido descubriendo sus usos, se han ido también estableciendo a la par, eras que han durado siglos y han marcado la diferencia entre civilizaciones enteras. Es así que, los primeros seres humanos partieron de la edad de piedra, para luego ir evolucionando con la edad de bronce, la edad del hierro y la edad moderna (donde ya casi todos los diferentes minerales han sido descubiertos, utilizándose desde usos domésticos hasta sofisticados equipos de computación y naves espaciales).

La industria minera es *“eminente destructiva, que requiere de elevada tecnología, grandes capitales y personal altamente capacitado y calificado...Más que las otras industrias requiere de estrictos controles gubernamentales que eviten la contaminación ambiental, los desequilibrios ecológicos y el aprovechamiento irracional de los recursos”*¹.

Nuestra actual legislación minera reconoce varias clases de minería:

- Minería Artesanal y de Sustento.- Es aquella que: se efectúa mediante trabajo individual, familiar o asociativo; utiliza herramientas, máquinas simples y portátiles; la comercialización de sus minerales sólo permite

¹ Alvaro Ortiz Monsalve, *Derecho de Minas*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992, Pág. 8.

cubrir las necesidades básicas de la persona o grupo familiar que las realiza; y, no requieren una inversión superior a las 150 remuneraciones básicas unificadas (RBU) o de 300 en caso de asociación de tres o más mineros artesanales. Se la realiza mediante permisos, por un plazo de 10 años renovables por periodos iguales.

- Pequeña Minería.- Es aquella que tiene: una capacidad instalada de explotación y/o beneficio de hasta 300 toneladas métricas por día; y, b) una capacidad de producción de hasta 800 metros cúbicos por día, con relación a la minería de no metálicos y materiales de construcción. Se la realiza mediante concesiones mineras, por un plazo de 25 años renovables por periodos iguales.

- Minería Industrial o a Gran Escala.- La Ley no la define expresamente; pero se entiende que es toda aquella por sus inversiones y volúmenes supera a la pequeña minería. Igualmente, se la realiza mediante concesiones mineras, por un plazo de 25 años renovables por periodos iguales.

1.2 FASES DE LA ACTIVIDAD MINERA²

En este trabajo seguiremos las fases de la actividad minera que establece el Art. 27 de la Ley de Minería, haciendo una breve explicación concomitante desde un punto de vista técnico de cada fase:

a) Prospección.- Es la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas a través de la geoquímica de sedimentos fluviales y suelos. Se recolecta de 500

² Carlos Mauricio Núñez Bazante, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera – Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009, Págs. 9-11.

a 1.000 gramos de arenas en quebradas, cada 100 y 300 metros de distancia, con excavaciones de hoyos de 1m x 1m para recolectar muestras de suelos. Técnicamente esta fase dura de 6 a 24 meses, para poder definir si el área merece o no ser explorada.

Toda persona natural o jurídica (excepto las que prohíbe la Constitución y la ley), tienen la facultad de prospeccionar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales (salvo en áreas protegidas, dentro de concesiones mineras ajenas, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las áreas mineras especiales). Legalmente hablando, no existe un plazo máximo de duración para esta fase.

b) Exploración.- Es la determinación del tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral en él existente. En esta fase se realizan actividades de: (i) mapeo de quebradas y muestreo de roca (recolección en afloramientos de muestras de roca de hasta 3 kilogramos, con una descripción macroscópica de las rocas; (ii) estudios geofísicos (mediante técnicas de magnetismo, electromagnetismo, resistividad eléctrica, sísmica, etc.); y, (iii) perforaciones (entre 50 y 100 metros de distancia, con una profundidad de 50 a 500 metros, para obtener núcleos de roca de 45 a 65 milímetros, también conocidos como *testigos*). Es en esta fase donde se elaboran los primeros estudios de impacto ambiental, evaluación minera, pre-factibilidad y factibilidad.

Legalmente abarca tres períodos: exploración inicial (con un plazo máximo de duración de 4 años); exploración avanzada (con un plazo máximo de duración de 4 años adicionales); y, evaluación económica del yacimiento,

incluyendo su factibilidad técnica y el diseño de su explotación (con un plazo máximo de duración de 2 años, renovales por otros 2).

c) Explotación.- Es el conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo del yacimiento, así como a la extracción y transporte de los minerales. Existe división de criterios respecto a si dentro de esta fase se debe incluir a la construcción de obras o construcción de la mina (que puede tomar de 2 a 3 años). Únicamente, existen 2 formas de explotación: a cielo abierto o subterránea (aunque, algunos técnicos hablan también de una mixta, como tercera forma). Puede durar un promedio de 20 a 35 años dependiendo de las reservas y de la producción diaria.

d) Beneficio.- Es el conjunto de procesos físicos, químicos y/o metalúrgicos a los que se someten los minerales producto de la explotación con el objeto de elevar el contenido útil o ley de los mismos.

e) Fundición.- Es el proceso de fusión de minerales, concentrados o precipitados de éstos, con el objeto de separar el producto metálico que se desea obtener, de otros minerales que los acompañan.

f) Refinación.- Es el proceso destinado a convertir los productos metálicos en metales de alta pureza.

g) Comercialización.- Es la compraventa de minerales o la celebración de otros contratos que tengan por objeto la negociación de cualquier producto resultante de la actividad minera.

h) Cierre de Minas.- Es el término de las actividades mineras y el consiguiente desmantelamiento de las instalaciones utilizadas en cualquiera de

las fases anteriores, incluyendo la reparación ambiental de acuerdo al plan de cierre debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente. En un plazo no inferior a 2 años previo al cierre o abandono total de operaciones para las actividades mineras de explotación, beneficio, fundición o refinación, el concesionario debe presentar ante el Ministerio del Ambiente, para su aprobación, un Plan de Cierre de Operaciones.

Todas estas fases deben llevarse a cabo dentro del plazo de duración de la concesión minera que es de 25 años, que puede ser renovada por períodos iguales.

1.3 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA MINERA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS:

1.3.1 Legislación Anterior³

La Constitución Política del Ecuador de 1929 (R.O. # 138, 26-III-29) es la primera en referirse a los minerales, estableciendo el dominio del Estado sobre las minas, y permitiendo desde ese entonces la participación de los privados, a través de la figura del usufructo⁴. Sin embargo, al mismo tiempo habla de concesiones y contratos⁵. Posteriormente, recién la Constitución Política de

³ Carlos Mauricio Núñez Bazante, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera – Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, ... Págs. 11-14.

⁴ Art. 151, # 14.- Corresponde al Estado el dominio de todos los minerales o sustancias que, en vetas, mantos o yacimientos constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos.

En el caso del inciso anterior, el dominio del Estado es inalienable e imprescriptible, y sólo podrá concederse su usufructo a los particulares y a las sociedades civiles o comerciales, en los términos fijados en las leyes respectivas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los citados elementos.

⁵ Art. 151, # 14.- Las empresas o compañías nacionales o extranjeras que hubiesen adquirido o adquirieren concesiones en el territorio de la República no podrán explotarla sino con las

1946 (R.O. # 773, 31-XII-45) establece expresamente que el subsuelo es parte del territorio nacional (Art. 4).

Ello significa que el desarrollo a nivel constitucional de los preceptos relacionados con la minería fue incorporado en forma tardía, si se considera que el Código Civil de 1860 ya lo había hecho.

Las disposiciones del primer Código Civil Ecuatoriano de 1860 se mantienen exactamente iguales hasta la actualidad en materia de minas. Establece conceptos generales respecto a la minería, tales como el hecho de que las minas se consideran inmuebles (pudiendo, en consecuencia, establecerse cualquier tipo de gravamen o limitación, tales como el arrendamiento, usufructo, hipoteca); mientras que, se reputan muebles a los metales de una mina y a las piedras de una cantera. Por otro lado, ratifica también el hecho de que el Estado es dueño de todas las minas y yacimientos (bienes nacionales del Estado o bienes fiscales o bienes de dominio público), sin perjuicio del dominio de los particulares sobre la superficie de la tierra (llamado también derechos superficiarios), es decir, la participación de los privados en la minería data desde casi los inicios de la propia República.

La legislación especial minera en nuestro país vio sus inicios con la Ley General de Minería (R.O. # 356, 06-IX-1961); la cual establecía que el Estado puede hacer concesiones al sector privado, *“a condición de participar justa y equitativamente en el rendimiento de la empresa y de que los concesionarios se obliguen a invertir una parte prudencial de sus utilidades en beneficio de la*

limitaciones prescritas en las leyes y en las que, en cada caso, se establezcan en los respectivos contratos. Esto se refiere especialmente a los minerales y más sustancias de valor existentes en el subsuelo del país.

economía nacional” (Art. 1). Vale la pena precisar que las “concesiones” de que habla esta ley, realmente fueron bajo la figura de un contrato de usufructo de minas. Algo interesante de esta ley es que permitía que los derechos mineros puedan transmitirse o transferirse.

El máximo de hectáreas mineras que se podía tener era de 200 ha. (20 pertenencias de 10 ha. cada una). El plazo máximo de las concesiones era de 30 años, renovables; sin embargo, el inconveniente que se presentaba era de que, dentro de ese plazo, existía un “sub-plazo” máximo de 4 años para labores de exploración, no extendible; en consecuencia, si en ese sub-plazo no se encontraban minerales, el contrato quedaba extinguido. Se establecía la posibilidad de un “período opcional” de un año, para que luego se fijen las condiciones del contrato definitivo. Una vez en explotación, el concesionario debía pagar una contribución minera equivalente al 6% del valor bruto del producto de la mina (Art. 57).

Luego le sucedió la Ley de Fomento Minero (R.O. # 484, 31-I-1974); la cual establecía ya la figura de contratos mineros, separando un contrato para cada fase: uno para prospección (hasta 3 años), otro para exploración (hasta 3 años) y otro para explotación y beneficio (hasta 20 años, prorrogable hasta por 10 años más). Este último contrato podía ser de dos clases: de asociación o de prestación de servicios (muy similar a la actual Ley de Minería). Esta Ley establecía ya el pago de una regalía que después de aplicar una fórmula no debía exceder del 16% de las utilidades brutas (entendidas como el precio de venta menos el costo de producción) para minerales metálicos, y 4% para minerales no metálicos.

Posteriormente, se emitió la Ley de Minería - Decreto Ley No. 06 (R.O. # 255, 22-VIII-1985). Es bastante similar a la Ley de Fomento Minero; con la novedad que establecía que al entrar a la fase de explotación y siguientes se celebraba un “contrato de concesión minera” (*Teoría Contractualista*). Igualmente, contemplaba la figura del contrato de prestación de servicios. Ambos tipos de contratos tenían una duración de hasta 30 años prorrogables. Tratándose de regalías, éstas eran del 3% para metálicos y 1% para no metálicos sobre el precio de venta.

La ley precedente a la actual Ley de Minería fue la expedida el 20 de mayo de 1991 (R.O. # 695-S, 31-V-91). Algunos puntos a destacar de la Ley de Minería anterior son conceptos –algunos de ellos aún se mantienen-, tales como los siguientes:

- En el caso de las personas naturales y jurídicas extranjeras, se tiene como implícita su renuncia a toda reclamación por vía diplomática o de organismos internacionales de Justicia.
- Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras.

Partiendo del hecho irrefutable de que pertenecen al dominio inalienable e imprescriptible del Estado todas las sustancias minerales existentes en el territorio nacional, se establece la potestad del Estado para autorizar la ejecución de actividades mineras a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, otorgándoles derechos mineros. Nace aquí ya el concepto de **derechos mineros**, definiéndoselos como *“aquellos que emanan tanto de las concesiones de exploración y explotación, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de beneficio, fundición, refinación y de las licencias de*

comercialización".⁶ Ejemplos de derechos mineros son: continuidad de los trabajos, construcciones e instalaciones complementarias, aprovechamiento de aguas y constitución de servidumbres, modificación del curso de las aguas, amparo administrativo, entre otros (derechos que siguen recogidos en la actual Ley de Minería).

Se define también a la **concesión minera** como *"un derecho real e inmueble, distinto e independiente al de la propiedad de la tierra en que se encuentra aunque ambas pertenezcan a una misma persona. El derecho real que emana de la concesión minera es oponible a terceros, transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y, en general, de todo acto o contrato, excepto el de constitución de patrimonio familiar"*.⁷

A lo largo de la historia de la legislación minera se han mantenido figuras tales como:

- Libertad de prospección en áreas no prohibidas (no se requiere de autorización alguna del Estado).
- Concesiones de exploración.
- Concesiones de explotación.
- Autorización para instalación y operación de plantas de beneficio, fundición o refinación a favor de no concesionarios, o concesionario para procesamiento de minerales que no pertenecen a sus concesiones.
- Licencia de comercialización para las personas que sin ser titulares de concesiones de explotación se dediquen a las actividades de

⁶ Art. 6, Ley de Minería (R.O. 695-S, 31-V-91)

⁷ Art. 6, Ley de Minería (R.O. 695-S, 31-V-91)

comercialización o exportación de sustancias minerales metálicas o a la exportación de sustancias minerales no metálicas, así como para los concesionarios mineros que comercien sustancias minerales metálicas o exporten las no metálicas de áreas ajenas a sus concesiones.

- Contratos relativos a derechos y actividades mineras entre particulares (cesión o transferencia, promesa irrevocable, arrendamiento, hipoteca, consorcio, de operación, etc.), se rigen por las normas del derecho privado, debiendo en todo caso registrarse ante la autoridad minera competente.
- El otorgamiento de concesiones, autorizaciones y licencias le correspondía a las Direcciones Regionales de Minería (ahora le corresponde a la Agencia de Regulación y Control Minero), dentro de sus respectivas jurisdicciones.

La industria minera en Ecuador no logró realmente el despegue esperado con la expedición de la anterior Ley de Minería. Algunas de las causas a las cuales se imputa esta falta de interés de los inversionistas mineros fueron, entre otras:

- Concesiones de exploración con un plazo de 2 años (si bien podía autorizarse hasta dos prórrogas por plazos iguales, a discreción de la autoridad).
- Concesiones de explotación con un plazo de 20 años (si bien podía autorizarse una prórroga por un plazo igual, a discreción de la autoridad) y con un límite de 3,000 Ha.

- El pago, en adición a todos los impuestos nacionales, seccionales y aduaneros, de una regalía del 3% sobre el valor de la producción bruta. Esta parece que fue la principal razón para la poca inversión minera.

Nótese entonces, como se detallará más adelante, que la anterior Ley de Minería es muy similar a la actual en estos tres temas, siendo peor aún en la regalía (actualmente es mínimo del 5%). Con lo cual, al menos en estos temas, parecería que nuestra legislación minera ha tenido un retroceso en su maduración.

1.3.2 Mandato Minero⁸

Bajo el actual régimen Presidencial, en nuestro país se inició una profunda reforma legislativa, incluyendo a algunas actividades económicas, dentro de ellas: *la actividad minera*; la cual, sufrió su primer “impacto” (en lo positivo y en lo negativo) con la expedición del Mandato Constitucional 06 de la Asamblea Constituyente (RO-S2 # 321, 22-IV-2008). Este Mandato, más conocido como el “*Mandato Minero*”, declaró:

- La extinción sin compensación económica alguna de todas las concesiones mineras que (Arts. 1, 3, 4, 5):
 - en la fase de exploración no hayan realizado ninguna inversión o que no hayan presentado su respectivo estudio de impacto ambiental o que no hayan realizado los procesos de consulta previa;

⁸ Carlos Mauricio Núñez Bazante, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera – Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, ... Págs. 14-16.

- hubieren sido otorgadas al interior de áreas naturales protegidas, bosques protectores y zonas de amortiguamiento, y aquellas que afecten nacimientos y fuentes de agua;
 - en número mayor de 3 hayan sido otorgadas a una sola persona natural o a su cónyuge; o a personas jurídicas y sus empresas vinculadas; y,
 - otorgadas a favor de funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Recursos Naturales, Ministerio de Energía y Minas, y Ministerio de Minas y Petróleos, o a sus parientes inmediatos por utilización en su interés personal de información privilegiada.
- La caducidad de las concesiones mineras que no hayan cancelado las patentes de conservación en el plazo establecido en la Ley de Minería (Art. 2).
 - La moratoria al otorgamiento de nuevas concesiones hasta que entre en vigencia el nuevo marco constitucional y legal (Art. 6).
 - La suspensión de actividades de todas las concesiones mineras metálicas que no encasillen dentro de las causales de extinción o caducidad; hasta que se apruebe el nuevo marco legal que regule la actividad y se redefinan las condiciones de su operación. Se mantuvieron, sin embargo, las actividades de las concesiones mineras metálicas que se hallaban en fase de explotación. También se mantuvieron las actividades de concesiones mineras no metálicas y de materiales de construcción; anticipándoles desde ya, que están obligados a renegociar sus títulos de acuerdo al nuevo marco legal que regule la actividad.

- Es también el Mandato Minero el que anticipa que el Ministerio de Minas y Petróleos (hoy Ministerio de Recursos Naturales No Renovables) constituirá la Empresa Nacional Minera, la cual intervendrá en todas las fases de la actividad.
- Como todos los otros mandatos emitidos por la Asamblea Nacional Constituyente, se estableció que el Mandato no será susceptible de quejas, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, recurso o cualquier acción administrativa o judicial. Tampoco dará lugar a indemnización alguna.

Desde nuestra óptica, los objetivos del Mandato Minero fueron en esencia tres:

1. Eliminar la mayor cantidad de los títulos mineros que a ese momento se hallaban vigentes. Se habla de que se llegó a extinguir y caducar cerca del 50% de los títulos. La razón de este objetivo fue sacar de la industria minera a aquellas personas naturales o jurídicas que se habían dedicado a la especulación de concesiones mineras, que no habían realizado actividades técnicas, ni inversiones, ni tan siquiera pagado las patentes de conservación.
2. Proteger áreas naturales consideradas sensibles (áreas naturales protegidas, bosques protectores y zonas de amortiguamiento, nacimientos y fuentes de agua).
3. Debilitar la posición de los titulares mineros, para entrar en un ulterior proceso de re-negociación de títulos mineros y de las condiciones especialmente económicas a favor del Estado.

Estos tres objetivos son sin duda alguna loables; sin embargo, la forma como se lo hizo fue quizá desmedida con relación a los objetivos, los mismos que se podrían haber igualmente logrado con efectos menos radicales.

Ejemplos de este radicalismo son:

- La falta de compensación económica en caso de extinción o caducidad; lo cual es, o por lo menos camina al borde de, una confiscación prohibida por nuestro ordenamiento jurídico;
- La limitación en la tenencia de títulos mineros a tan solo 3. Un número que por cierto parece simplemente arbitrario: ¿por qué 3?, ¿por qué no 1, 2, 4, 10? El número de títulos mineros que debería tener una persona es el que su capacidad técnica minera y económica se lo permita. Sin duda un minero artesanal podría tener 1, 2 ó 3 concesiones; un pequeño minero podría tener sin problema más de eso y quizá hasta 10 concesiones; pero una empresa multinacional minera es claro que requerirá un número mucho mayor que eso. Por suerte esta limitante nunca llegó a aplicarse; pues, de lo contrario, habría significado una limitación a las medianas y grandes inversiones; y,
- La suspensión de actividades mineras a algunos concesionarios –la cual duró cerca de un año hasta que se expidió la nueva Ley de Minería-, provocó importantes pérdidas económicas para los concesionarios, disminución o pérdida de la ayuda social a las comunidades de los sectores de influencia, pérdida de empleo directo e indirecto, disminución de transacciones comerciales alrededor de la industria minera de metales, y a la postre significará también una disminución de ingresos para el propio Estado.

1.3.3 Nueva Constitución de la República

La nueva Constitución de la República del Ecuador señala que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos (Art. 313), entendidos como aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, dentro de los cuales se hallan los recursos naturales no renovables; lo cual es indiscutible, al tratarse de bienes nacionales que pertenecen al dominio público.⁹ Más aún, queda claro que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (Arts. 1 y 317).¹⁰

⁹ Código Civil:

Art. 604.- Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

Art. 607 del Código Civil.- El Estado es dueño de todas las minas y yacimientos que determinan las leyes especiales respectivas, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares, sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situados.

Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Ahora bien, la nueva Constitución difiere radicalmente con la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, respecto a la “prioridad” de la delegación de gestión de recursos naturales no renovables; pues si bien ambos cuerpos establecen la posibilidad de gestión de estos recursos a través de empresas públicas, mixtas o privadas, la Ley de Modernización prioriza la delegación al sector privado; mientras que, la nueva Constitución prioriza la delegación a empresas públicas o mixtas (en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria) y, sólo “en forma excepcional” a empresas privadas¹¹ en los casos que establezca la ley (Arts. 315 y 316).

1.3.4 Nueva Ley de Minería.

El Art. 30 de la Ley de Minería define a la *concesión minera* como “*un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible..., y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes*”. El título minero confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha

Art. 317.- Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.

¹¹ Tribunal Constitucional: 28-XI-2000 (Resolución No. 193-2000-TP, R.O. 231-S, 26-XII-2000):

“...la afectación al dominio público de bienes como los yacimientos mineros e hidrocarbúricos, que son recursos naturales no renovables, excluye a estos bienes del comercio jurídico privado, pero lo dicho no implica que los privados no puedan participar en las fases de exploración y explotación...”

concesión, haciéndose beneficiario de los réditos económicos que se obtengan de dichos procesos (Art. 31 de la Ley de Minería).

Una vez que se inicia la fase de explotación, el concesionario minero debe firmar necesariamente un contrato con el Estado, bajo cualquiera de las dos siguientes modalidades:

- **Contrato de Prestación de Servicios.-** Para las fases mineras de explotación y siguientes, el Estado puede suscribir un Contrato de Prestación de Servicios; el cual debe contener la remuneración del prestatario minero; así como sus obligaciones en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades y actividades de cierre parcial o total de la mina.
- **Contrato de Explotación Minera.-** Para las fases mineras de explotación y siguientes, el concesionario minero deberá suscribir con el Estado un Contrato de Explotación Minera; el cual debe contener los términos, condiciones y plazos para las etapas de construcción y montaje, extracción, transporte, y comercialización de los minerales obtenidos dentro de los límites de la concesión minera; así como las obligaciones del concesionario minero en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías y actividades de cierre parcial o total de la mina incluyendo el pago de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión. El Contrato de Explotación Minera deberá contener también el Precio Base para la aplicación de la normativa determinada en la legislación tributaria (impuesto del 70% sobre las ganancias extraordinarias).

1.4 IMPORTANCIA DE LOS NUEVOS CONTRATOS MINEROS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO.

Los contratos mineros de acuerdo con nuestra legislación son contratos administrativos, considerando que una de las partes intervinientes es la Administración Pública; por lo tanto, se rigen por los principios y criterios generales de esta clase de contratos, y a la vez por las especificidades propias establecidas en la Ley de Minería.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA señala que:

Contrato Administrativo es el celebrado entre la administración, por una parte, y un particular o empresa por la otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza [...]

[...] la iniciativa corresponde casi exclusivamente a la administración, que además suele hacer oferta pública; la libertad del otro contratante se reduce a aceptarle íntegramente y a ofrecer... la máxima cuota, si de explotar algún servicio o riqueza es el caso.¹²

Esta definición nos ayuda a entender que inclusive la concesión minera para la explotación de recursos naturales es en sí un contrato administrativo de concesión (Teoría Contractualista). *“Se trata de un contrato porque no está actuando la Administración de una manera oficiosa, sino en forma reglamentada o legal frente a una petición de un particular, y tanto a éste como*

¹² Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo IV, Pág. 120.

*aquella se les van a imponer obligaciones, que en esencia son de carácter patrimonial o que tienen una relevancia eminentemente tal*¹³.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE (Art. 75) define al contrato administrativo como *“todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables”*.

Los *elementos esenciales* de los contratos mineros, al igual que cualquier otro contrato administrativo, son:

- Los sujetos.- La Administración Pública, por un lado; y, por otro, los particulares (quienes al momento de solicitar la suscripción del contrato, deben tener la calidad de concesionarios mineros).
- Voluntad.- En materia administrativa el consentimiento debe ser necesariamente expreso, el cual constará en el contrato. Dromi lo resume en que *“si no hay voluntad recíproca, no hay contrato”*.¹⁴
- Objeto.- El objeto puede ser cualquier cosa, que para la Administración siempre debe tener como fin último el interés público. debiendo en todo caso ser *“cierto, posible, determinable o determinado y lícito”*.¹⁵
- Forma.- En materia minera, es la propia Ley de Minería la que manda que los contratos sean por escrito y elevados a escritura pública, más

¹³ Alvaro Ortiz Monsalve, *Derecho de Minas*, ... Pág. 243.

¹⁴ José Roberto Dromi, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Tomo 3, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1991, Pág. 8.

¹⁵ José Roberto Dromi, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, ... Pág. 9.

una serie de requisitos formales¹⁶. En la formación de los contratos administrativos siempre hay dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución.

Vale la pena precisar que los contratos de explotación minera no se hallan sujetos a las normas de contratación de los contratos administrativos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; pues, dicha Ley determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la: (i) adquisición o arrendamiento de bienes, (ii) ejecución de obras y, (iii) prestación de servicios que realice la Administración Pública; no encasillando los contratos de explotación en ninguna de estas categorías. En consecuencia, no siguen los procedimientos contractuales administrativos generales, y se rigen por su propia legislación (Ley de Minería). Ahora bien, los contratos de prestación de servicios mineros sí podrían estar sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, considerando que esta Ley sí regula los contratos de prestación de servicios.

La actual Ley de Minería es muy exigua en cuanto a establecer los términos y condiciones de los contratos mineros, limitándose únicamente a establecer cuál debe ser el contenido del contrato, ej: plazos, gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías, actividades de cierre, pago de pasivos ambientales, precio base,

¹⁶ Art. 124, Ley de Minería.- Requisitos.- Los contratos mineros, para su validez, deben celebrarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro Minero a cargo de la Agencia de Regulación y Control Minero y cumplir con todos los requisitos constantes en la presente ley. Todos los contratos deberán publicarse en los portales informáticos del Registro Minero.

participación en los beneficios o remuneración, etc. Lamentablemente, la Ley no determina el contenido que deberían tener estas cláusulas. Mas aún, mediante Acuerdo Ministerial # 262 (R.O. 444, 10-V-2011) se publicó la aprobación del Modelo de Contrato de Explotación Minera; pero únicamente se publicó el hecho de estar aprobado, mas no el texto del modelo en sí; significando ello, justamente, que el contenido de las cláusulas del contrato estaban sujetas a depuración y negociación.

La importancia de los nuevos contratos mineros radica al menos en tres aspectos claves:

1. En constituir una carta de presentación ante la comunidad nacional e internacional respecto al marco contractual que se aplicará a una naciente actividad minera a gran escala en Ecuador;
2. En revelar las virtudes y falencias de la actual legislación minera en el país. En el segundo caso, además de mucha creatividad, se requerirá de normativa adicional que aclare las disposiciones o complete los vacíos; y,
3. En la oportunidad que se presenta para que, si son adecuadamente elaborados y con una buena técnica jurídica, puedan constituir un ejemplo vivo y termómetro a la vez del conocimiento y aplicación del Derecho Administrativo en Ecuador. Sin embargo, vale la pena indicar que los contratos petroleros (tanto los de participación como los de servicios) tuvieron la misma oportunidad; pero creemos que no pudieron demostrarlo, debido a que en muchas ocasiones los intereses económicos o el juego político del momento pueden más

que la adecuada elaboración de un instrumento jurídico que obligará al Estado y a los inversionistas. Tememos que la historia se repita respecto a los contratos mineros.

Respecto a estos dos últimos aspectos que competen a la materia de nuestro estudio, y en adición a lo señalado previamente, consideramos que es básico el analizar si los nuevos contratos mineros y en sí la nueva legislación minera ecuatoriana, han contemplado y recogen -o no- los principios y teorías del Derecho Administrativo.

Veamos entonces a continuación algunos de dichos principios y teorías, que consideramos los más relacionados con y típicamente aplicables a los contratos mineros, vinculados especialmente con la duración, responsabilidad, modificaciones, sanciones, etc., que se pueden derivar de este tipo de contratos de explotación de recursos naturales no renovables, que por su naturaleza son de larga duración, mutabilidad y alto riesgo:

1.4.1 Continuidad.- Para Daniel Gómez Sanchis el Principio Contractual de la Continuidad consiste en que la Administración puede *“exigir el cumplimiento de la prestación debida por el contratante de manera continuada, sin interrupciones, cualesquiera sean las circunstancias por las cuales atraviesa el contrato, pudiendo llegar a utilizar las vías de hecho para mantener la continuidad...”*¹⁷ Señala también el autor que la Administración queda autorizada *“para el caso de incumplimiento, a ejecutar tal prestación por cuenta del contratista, atribución que*

¹⁷ Ismael Ferrando, edit., *Contratos Administrativos*, Edit. Abeledo, Buenos Aires, 2002, Pág. 422.

consideramos guarda una estrecha vinculación con el principio de ejecutividad (y eventual ejecutoriedad) del acto administrativo...”¹⁸

Lo dicho por Sanchis es correcto; sin embargo, no es una verdad absoluta. La continuidad es exigible bajo condiciones de “normalidad”, es decir, bajo aquellas condiciones que se establecieron en el contrato o bajo aquellas que no siendo previstas puedan ser razonablemente subsanadas. Por ello la fuerza mayor constituye el ejemplo más claro de excepción a la continuidad; y, cuando hablamos de fuerza mayor, se abre entonces un abanico de factores por los cuales la continuidad puede dejar de ser el estado ideal de ejecución de un contrato.

Nuestra legislación minera recoge también el principio de continuidad cuando al hablar de la suspensión de actividades mineras establece que tal suspensión *“deberá guardar proporcionalidad y razonabilidad con la falta alegada, y deberá ordenarse en forma excepcional, atento el interés público comprometido en la continuidad de los trabajos, y únicamente estará vigente hasta cuando se subsane la causa que la motivó...”* (el subrayado es nuestro – Art. 95 RGLM)

En el caso específico ecuatoriano, tanto la Ley de Minería como los contratos mineros establecen la posibilidad de “suspensión” de las actividades mineras, como excepción al principio de continuidad, entre otros, en los siguientes casos:

¹⁸ Ismael Ferrando, edit., *Contratos Administrativos*, ... Pág. 423.

- ⌋ Como resultado de la evaluación económica del yacimiento, se puede suspender el inicio de la fase de explotación. Esta suspensión no puede durar más de dos años (Art. 39 LM).
- ⌋ Cuando las condiciones técnicas o de mercado le impidan cumplir con los plazos establecidos para cada una de las etapas y actividades indicadas en el contrato, se pueden suspender las actividades mineras en la fase de explotación (Art. 41 LM).
- ⌋ En caso de internación, o cuando así lo exijan la protección de la salud y vida de los trabajadores mineros o de las comunidades ubicadas en un perímetro del área donde se realiza actividad minera (esto no se halla debidamente regulado), o cuando así lo requiera la Defensa Civil, o cuando se verifique el incumplimiento a la Licencia Ambiental, o por fuerza mayor (Art. 58 LM).

1.4.2 El Hecho del Príncipe y la Teoría de la Imprevisión.- Eduardo O. Emili señala que *“La doctrina llama hecho del príncipe a todo acto o hecho emanado de la Administración, actuando en su carácter y condición de autoridad pública, que produzca un perjuicio real y cierto al cocontratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y afecte de manera anormal o extraordinaria la ecuación económico-financiera del mismo.”*¹⁹

Emili establece diferencias entre el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión:

¹⁹ Ismael Ferrando, edit., *Contratos Administrativos*, ... Pág. 628.

Así en la teoría de la imprevisión el hecho sobreviniente es totalmente ajeno a la voluntad de las partes, la indemnización no es integral y se concederá sólo en el caso de que el perjuicio sea extraordinario; en cambio, en el hecho del príncipe el acto o hecho emana de la propia Administración actuando en su carácter de autoridad pública, por ello la reparación será integral cualquiera que sea su magnitud²⁰.

Compartimos con Emili que el hecho del príncipe no es más que el ejercicio del poder de imperio del que goza el Estado, para dictar actos que eventualmente podrían afectar a algunos administrados, en beneficio (al menos, en teoría) de otros, casi siempre bajo el escudo del “bien común” (hoy conocido en nuestra Constitución de la República como *el buen vivir o el sumak kawsay*²¹). El ejemplo quizá más extremo del hecho del príncipe es la expropiación; la cual, justamente debe ser reparada en su totalidad por el Estado²².

En cambio, no nos parece del todo acertada la afirmación de Emili respecto a la teoría de la imprevisión, cuando señala que considerando

²⁰ Ismael Ferrando, edit., *Contratos Administrativos*, ... Pág. 629.

²¹ Art. 277 de la Constitución de la República.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:

1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.
2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo.
3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento.
4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.
5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.
6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.

²² Art. 323 de la Constitución de la República.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

que “*el hecho sobreviniente es totalmente ajeno a la voluntad de las partes, la indemnización no es integral y se concederá sólo en el caso de que el perjuicio sea extraordinario*”.

En nuestra opinión, si el hecho es totalmente ajeno a la voluntad de las partes, ello encasillaría como un caso de fuerza mayor, no existiendo lugar a indemnizaciones por ninguna de las partes. Así lo ratifica Ortiz Monsalve, cuando señala que “*no se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.*”²³.

Creemos que bajo la teoría de la imprevisión (fundada en el aforismo romano “*rebus sic stantibus*”), debido a un hecho que no fue previsto -o, al menos, no suficientemente- por las partes al momento de la contratación, no cabe en ningún caso hablar de indemnización; pero sí de la posibilidad de reajustar las condiciones contractuales originalmente pactadas a fin de devolver -en el caso de contratos- el equilibrio de los términos y condiciones contractuales (y en especial, el equilibrio económico para las partes). La teoría de la imprevisión trata de evitar todo tipo de enriquecimiento o ventaja desmedida de una de las partes en desmedro o a expensas de la otra; pudiendo llevar también como alternativa a la rescisión del contrato.

Un caso de la teoría de la imprevisión está recogido en la Ley de Minería (Art. 41) al establecer el derecho del concesionario minero a

²³ Alvaro Ortiz Monsalve, *Derecho de Minas*, ... Pág. 253.

suspender las actividades mineras en el caso que las condiciones técnicas o de mercado le impidan cumplir con los plazos establecidos para sus actividades de explotación. Nadie puede prever las condiciones futuras del mercado minero.

1.4.3 Mutabilidad o Ius Variandi.- Quizá el tema más importante a ser considerado y que es muy preocupante para los inversionistas mineros es: cómo evitar cambios contractuales unilaterales por parte del Estado en la participación de beneficios, so pena de amenazas de terminación contractual?

Daniel Gómez Sanchis, señala que el principio contractual de Mutabilidad o Ius Variandi (o Flexibilidad del contrato administrativo), responde a la necesidad de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias que se produzcan con tal de satisfacer la conveniencia general o bien común. Señala el autor que: *“al igual que sucede con la ‘desigualdad’, se trata de una potestad de la Administración, ínsita en todo contrato de ese tipo, constituyendo un régimen exorbitante ‘virtual’, que existe y se aplica aún en ausencia de previsión expresa en el contrato.”*²⁴ Tratándose de contratos mineros que pueden tener una duración de 25 años, es claro que estarán sujetos en algún momento a mutabilidad, debiendo entenderse que ello ocurrirá sólo en casos de prevalencia del bien común.

Este principio de Mutabilidad no constituye un derecho, sino una prerrogativa y, por lo tanto, no puede ser renunciada por la

²⁴ Ismael Ferrando, edit., *Contratos Administrativos*, ... Pág. 424

Administración. Ahora bien, esta prerrogativa debe ser razonable, sin que implique un grave perjuicio para el contratista, y para evitar el ejercicio abusivo de la misma.

En caso de modificación contractual, el Contratista tiene derecho a que sus quebrantos sean resarcidos o, según sea la alteración, inclusive puede rescindir el contrato con las indemnizaciones correspondientes, siguiendo los mecanismos contractuales o legales. De su parte, la Administración, debe ejercer esta prerrogativa dentro de los límites legales o de los límites generales (buena fe, razonabilidad, desviación del poder, etc.). La modificación debe estar en función del bien público, ser objetivamente necesaria, ser fundamentada o motivada, no puede alterar la esencia del contrato ni su equilibrio económico-financiero, no violar expresas disposiciones legales.

Nuestra legislación minera no regula específicamente la mutabilidad de los contratos mineros, debiendo incluirse las causales para la modificación de los mismos en los propios contratos, mediante el acuerdo de las partes. Es así que en los contratos de explotación minera que se hallan actualmente en negociación por parte del Estado, se prevé que las partes deberán suscribir una adenda modificatoria al contrato en los siguientes casos: incorporación de otros minerales y fijación del precio base, modificación de las áreas del contrato, reducción o renuncia parcial del área de la concesión minera, modificación del plazo del contrato, implementación de factores de corrección, por acuerdo de las partes para cualquier propósito y, por cesión y transferencia de la concesión minera.

1.4.4 Responsabilidad Extracontractual Objetiva.- La extinta Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado ya en algunas ocasiones respecto a la responsabilidad civil extracontractual, enseñándonos que para que ésta tenga lugar, deben reunirse tres presupuestos o elementos: 1) Un daño o perjuicio, material o moral (cierto, real, efectivo, evidente, presente o futuro); 2) Una culpa, demostrada o preexistente; y, 3) Un vínculo de causalidad entre el uno y el otro.

Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual puede ser de dos clases: subjetiva (si el autor del daño ha obrado con dolo o negligencia); y, objetiva o de pleno derecho (si los daños causados han sido sin dolo o negligencia).

Señala la Corte que el elemento diferenciador entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva es la relación o vínculo de causalidad. *“En la responsabilidad subjetiva debe mediar delito o cuasidelito y no solo eso, sino que es indispensable que entre el dolo o la culpa por una parte y el daño por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que sea efecto o consecuencia de ese dolo o culpa.”*²⁵

La responsabilidad extracontractual objetiva se halla consagrada en la actual Constitución (Art. 396) que establece que *“La responsabilidad por daños ambientales es objetiva”*. En ninguna de las anteriores Constituciones del Ecuador se establecía este tipo de responsabilidad objetiva. Esta disposición Constitucional está a tono con

²⁵ Resolución No. 20-2004, Primera Sala, R.O. 411, 1-IX-2004

la tendencia jurídica mundial respecto a responsabilidad ambiental. Con ello, los concesionarios mineros deben estar claros acerca de su responsabilidad y de los riesgos que toman (más aún, si a ello añadimos el hecho de que las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales son imprescriptibles).

En actividades riesgosas o peligrosas que pueden generar responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental, la culpa se presume²⁶; lo cual releva a la víctima de aportar los medios de prueba, correspondiendo demostrar al demandado su exoneración de responsabilidad, la cual solo puede ocurrir: (i) por fuerza mayor o caso fortuito, (ii) por intervención de un elemento extraño, o (iii) por culpa exclusiva de la víctima. Estas causales eximentes de responsabilidad deberían estar claramente establecidas en los contratos mineros.

Uno de los casos más famosos en el país relacionado justamente con la responsabilidad extracontractual objetiva (en una industria también vinculada a la explotación de recursos naturales no renovables) es el conocido como “*Caso Delfina Torres*”. En este caso se falló en contra de los demandados, ya que éstos no pudieron probar fehacientemente su exoneración en el daño ambiental ocurrido.

²⁶ Art. 397, # 1 de la Constitución de la República:

“Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.”

La responsabilidad extracontractual objetiva tiene su fundamento en la *Teoría del Riesgo*²⁷, la cual consiste en que quien utiliza y aprovecha bienes o recursos (especialmente los naturales), genera a la vez riesgos a la sociedad y, en consecuencia, debe asumir la responsabilidad por los daños que su actividad pueda generar.

Los Magistrados en su fallo del Caso Delfina Torres, señalan en la parte que nos interesa que:

Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa

²⁷ Tiene su origen en la máxima romana *ubi emolumentum ibi llus* (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad).

presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño²⁸.

1.4.5 Fuerza Mayor.- Eduardo O. Emili señala que cuando el incumplimiento de los plazos en que incurriera el co-contratante se deba a hechos o circunstancias que no le sean imputables no corresponde la aplicación de sanciones. Una de las causas que exime de responsabilidad es la fuerza mayor.

Así Escola dice: 'Para que se considere configurada la fuerza mayor debe reunir cuatro elementos básicos: exterioridad, o sea, debe ser totalmente exterior a los contratantes, independiente de su voluntad; imprevisibilidad, no debiendo consistir en una imprevisibilidad absoluta, sino razonable en el caso de que se trate [es decir, aún preveyéndose, pueda ser inevitable]; irresistibilidad, en el sentido de llegar a configurar una total imposibilidad de cumplimiento; y, actualidad, no aceptándose que pueda constituirla un evento posible o un riesgo, por grave que sea.²⁹

La definición de fuerza mayor o caso fortuito establecida en nuestro Código Civil parece ser lo bastante amplia como para cubrir cualquier caso fuera del control de ambas partes; pero sin duda alguna, sería beneficioso para la seguridad contractual de los contratantes, el incluir algunos casos más específicos de fuerza mayor propios de la actividad minera, tales como: inundaciones, deslaves, tormentas, incendios, explosiones, paros, huelgas, disturbios sociales (incluido, pero

²⁸ Resolución No. 229-2002, Primera Sala, R.O. 43, 19-III-2003

²⁹ Ismael Ferrando, edit., *Contratos Administrativos*, ... Pág. 627.

no limitado a, acción física de grupos ambientalistas, políticos, sociales o indígenas, o dueños o poseionarios de terrenos que nieguen el acceso o el uso de cualquier derecho de vía, a cualquiera de los sitios, o a cualquiera de los servicios públicos), cambios en las condiciones del mercado minero internacional que afecten los beneficios esperados, acciones u omisiones por parte de cualquier autoridad, dependencia o entidad estatal o la emisión de alguna orden judicial, ley, estatuto, ordenanza, regla, reglamento o directriz, que afecte directamente la habilidad de una de las partes para cumplir con alguna de sus obligaciones contractuales.

La Ley de Minería (Art. 58 LM) también recoge este principio de exención de responsabilidad que constituye la Fuerza Mayor, es así que: *“El concesionario minero que se viere impedido de ejecutar normalmente sus labores mineras, por fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, podrá solicitar ante el Ministerio Sectorial, la suspensión del plazo de la concesión por el período de tiempo que dure el impedimento. Para dicho efecto, el Ministerio Sectorial, mediante resolución motivada, admitirá o negará dicha petición”*. Nótese como se hallan estrictamente ligados la Continuidad - la Fuerza Mayor - y la Motivación.

1.4.6 Sanciones Contractuales.- Para Ismael Farrando cuando las sanciones sean pecuniarias *“...el importe de la multa deberá ser razonable, es decir, proporcionalmente adecuada a la gravedad de la falta. Esta razonabilidad también se deberá ver reflejada en el hecho de que la multa jamás podrá ser confiscatoria, ni su monto ser más gravoso que*

*otras sanciones contractuales; como tampoco, en ningún caso, que la imposición de la misma le imposibilite cumplir con el contrato al co-contratante.”*³⁰

Señala el mismo autor que para la aplicación de las sanciones contractuales se requiere:

1) previsión en el contrato o en los pliegos licitatorios; 2) no deben considerarse a las sanciones como resarcitorias; 3) no son persecutorias; 4) necesitan de una intimidación previa dando la oportunidad de cumplimiento y constitución en mora –formal y fehaciente- al incumplidor de las obligaciones contractuales; 5) no existe automaticidad en la aplicación; 6) deben ser proporcionales con el incumplimiento que las justifica, es decir, razonables; 7) deben tener en cuenta en cuanto a su aplicación los principios del derecho penal relativos a: debido proceso, nullum crimen sine lege, in dubio pro reo, non bis in idem, etc..³¹

Hay disposiciones legales en nuestra legislación que parecen estar en franca contradicción con principios Constitucionales en materia sancionatoria, así como en contra de los principios doctrinarios básicos; los analizaremos y veremos sus efectos.

Al respecto, nuestra Constitución está alineada con la doctrina mundial, cuando manda que *“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales,*

³⁰ Ismael Ferrando, edit., *Contratos Administrativos*, ... Pág. 574, 575.

³¹ Ismael Ferrando, edit., *Contratos Administrativos*, ... Pág. 576, 577.

administrativas o de otra naturaleza” (Art. 76, # 6). Este Principio de Proporcionalidad entre la infracción y la sanción, es recogido también por nuestro Derecho Administrativo (Art. 196 del ERJAFE)³².

Sin embargo, contrariamente y carente de todo fundamento jurídico, la Ley de Minería (Disposición Transitoria Segunda) establece que:

Las infracciones a las disposiciones establecidas en esta ley, que no constituyan causa de extinción de derechos mineros serán sancionadas por el Ministerio Sectorial o sus entidades adscritas en el marco de sus competencias con una multa que no podrá ser inferior a veinte ni superior a quinientas remuneraciones básicas unificadas, más el 0.1% de la inversión, según la gravedad de la falta, sin perjuicio de la responsabilidad de carácter civil y penal en que pudieran incurrir sus autores (el subrayado es nuestro).

Es decir, por un lado se deja un margen de discrecionalidad a las autoridades para la gradación de la multa (de 20 a 500 remuneraciones básicas unificadas); y, además, se impone como parte de la multa un valor equivalente al 0.1% de la inversión (vale la pena indicar que ni siquiera se precisa a qué inversión se refiere). De todas formas, el

³² Art. 196.- Principio de proporcionalidad.-

...
2. Salvo lo previsto en la ley, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública Central se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración;
- b) La naturaleza de los perjuicios causados; y,
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

hecho es que ante una misma infracción, el monto de la multa será diferente para cada caso, violándose el principio Constitucional de proporcionalidad de las sanciones, y de paso el principio de igualdad ante la ley. Ello sería como imponer una diferente sanción a dos conductores (uno en un auto de lujo último modelo y otro en un auto modesto antiguo) que no respetan la luz roja, diferenciando el monto de la sanción de acuerdo al valor de su vehículo.

Veamos en números un ejemplo que fácilmente podría ocurrir en la práctica en caso de que dos concesionarios mineros no permitan las inspecciones por parte de las autoridades, únicamente considerando el valor de sus inversiones:

| | | | | |
|--------------------------------------|----|---------------|----|-----------|
| Monto de Inversión | \$ | 1.000.000.000 | \$ | 1.000.000 |
| % de multa | | 0,1% | | 0,1% |
| Multa basada en la inversión | \$ | 1.000.000 | \$ | 1.000 |
| Multa basada en 20 RBU | \$ | 5.280 | \$ | 5.280 |
| Total Multa por una misma infracción | \$ | 1.005.280 | \$ | 6.280 |

No es la misma infracción? no cabe la misma sanción? Ello no otorga seguridad jurídica a los concesionarios mineros.

CAPÍTULO II: LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN MINERA EN ECUADOR - TÉRMINOS Y CONDICIONES EN GENERAL.

Como habíamos dejado sentado en el Capítulo anterior, la Ley de Minería es muy exigua en cuanto a establecer el contenido de los contratos mineros. De la lectura de los artículos 40 y 41 de la Ley de Minería y artículos 56 y 57 de su Reglamento General, se puede establecer el *contenido mínimo* “común” que deben tener tanto los contratos de prestación de servicios mineros como los contratos de explotación minera:

1. Términos, condiciones y plazos para las etapas de construcción y montaje, extracción, transporte, y comercialización de los minerales obtenidos dentro de los límites de la concesión minera;
2. Obligaciones en materia de gestión ambiental y social de conformidad al plazo establecido por la Ley de Minería;
3. Relación con las comunidades;
4. Derecho a suspender las actividades mineras sujeto al pago de una compensación económica a favor del Estado, en el caso que las condiciones técnicas o de mercado le impidan cumplir con los plazos establecidos.
5. Presentación de garantías;
6. Reporte de utilidades;

7. Cierre parcial o total de la mina, incluyendo el pago de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión.
8. Resolución de diferencias y/o controversias, las cuales sólo podrán someterse a los jueces de la Función Judicial del Ecuador o de una instancia de arbitraje en Latinoamérica.

Así mismo, podemos establecer ciertos *contenidos “específicos”* dependiendo del tipo de contrato y que constituyen justamente sus principales diferencias:

En cuanto al Contrato de Prestación de Servicios (Art. 40), éste debe contener:

1. Remuneración o retribución del prestatario minero. Es importante precisar que el prestatario no está obligado a pagar regalías ni el impuesto a las ganancias extraordinarias.

En cuanto al Contrato de Explotación Minera (Art. 40), éste debe contener:

1. Porcentaje y pago de regalías;
2. Pago de regalías anticipadas;
3. Fijación del precio base para la aplicación del impuesto a las ganancias extraordinarias.

A continuación detallamos los principales términos y condiciones que han sido incluidos en los primeros contratos de explotación minera de gran escala que aún se halla negociando el Estado Ecuatoriano.

2.1 Marco Legal Aplicable.- Los contratos mineros se hallan sujetos a la Constitución de la República, a los tratados internacionales vigentes reconocidos por el país, y a la Ley de Minería y legislación conexas. La normativa supletoria aplicable es la: administrativa, contencioso-administrativa; de soberanía alimentaria; tributaria; penal; procesal penal; de empresas públicas; societaria; civil; procesal civil; de gobiernos autónomos descentralizados; de patrimonio cultural y más normativa de la legislación positiva ecuatoriana aplicable al sector geológico minero.

2.2 Autoridades Mineras.- las principales autoridades vinculadas a la ejecución de los contratos mineros son:

┘ Ministerio Sectorial (Ministerio de Recursos Naturales No Renovables).- le corresponde ejercer la representación del Estado en materia de política minera; y, otorgar, administrar y extinguir los derechos mineros.

┘ Agencia de Regulación y Control Minero (organismo técnico-administrativo, encargado del ejercicio de la potestad estatal de vigilancia, auditoría, intervención y control de las fases de la actividad minera), le corresponde emitir informes previos para la suscripción de contratos de explotación.

2.3 Actos Administrativos Previos.- Para ejecutar actividades mineras en cualquier fase y en ciertos lugares, se requieren de manera obligatoria

actos administrativos fundamentados y favorables, otorgados previamente por algunas autoridades e instituciones, tales como:

- a) En todos los casos, se requiere la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y el informe sobre la afectación a áreas protegidas por parte del Ministerio del Ambiente;
- b) Del Concejo Municipal, dentro de zonas urbanas y de acuerdo con el ordenamiento territorial y la planificación del desarrollo económico social cantonal;
- c) Del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, con relación a edificios, caminos públicos, ferrocarriles, andariveles y, de los Consejos Provinciales en el caso de vías de tercer orden;
- d) De la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones con relación a estaciones de radiocomunicaciones, antenas e instalaciones de telecomunicaciones;
- e) Del Ministerio de Defensa, dentro de áreas o recintos militares o en sus terrenos adyacentes, de lugares destinados a depósitos de materiales explosivos o inflamables, en zonas que se encuentren en los límites y fronteras oficiales del país y en puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos;
- f) De la autoridad única del Agua en todo cuerpo de agua, como lagos, lagunas, ríos o embalses o en las áreas contiguas a las destinadas para la captación de agua para consumo humano o riego, de conformidad con la ley que regula los recursos hídricos.

- g) De la Dirección Nacional de Hidrocarburos con relación a oleoductos, gasoductos y poliductos, refinerías y demás instalaciones petroleras;
- h) De la Dirección de Aviación Civil, con relación a aeropuertos o aeródromos o en sus terrenos adyacentes;
- i) Del Ministerio de Electricidad y Energías Renovables en áreas en las cuales existan centrales eléctricas, de las torres y líneas de tendidos del sistema nacional interconectado; y,
- j) Obligatoriamente del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural en la zona de prospección minera que pueda tener vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural.

2.4 Fase Minera para la Suscripción del Contrato.- La actividad minera generalmente empieza con la fase de prospección y de haber indicios de zonas mineralizadas se pasa a la fase de exploración, la cual tiene a su vez tres etapas: exploración inicial, exploración avanzada y evaluación económica del proyecto. Es en esta última etapa en donde el concesionario minero realiza su estudio de factibilidad del proyecto, el mismo que de ser comercialmente viable se lo presenta al Ministerio Sectorial para empezar la negociación del contrato de explotación minero; el que debe ser firmado dentro de los 6 meses posteriores a la solicitud del concesionario minero de cambiar a fase de explotación. Es decir, el concesionario minero toma un alto riesgo al realizar inversiones de prospección y exploración, sin tener aún un contrato de explotación minera y sin saber las condiciones contractuales a las cuales se someterá.

2.5 Fases Mineras incluidas en el Contrato de Explotación.- Al encontrarse ya el concesionario minero en fase de explotación, lo lógico parecería que se incluyan en el contrato las fases subsiguientes, es decir: beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de mina. Sin embargo, ello no necesariamente es así; pues, por un lado, no todos los concesionarios mineros estarán interesados en o tendrán la capacidad para realizar las subsiguientes fases, especialmente la fundición y refinación, las cuales se realizan usualmente en países más industrializados. Por otro lado, el contrato minero no solo debe incluir las fases subsiguientes a la explotación, sino también las previas, es decir, debe establecer la posibilidad de que el concesionario minero pueda seguir realizando actividades e inversiones de prospección y exploración; este tema no ha sido pensado en la actual Ley de Minería, pero ha sido subsanado contractualmente en beneficio de ambas partes (concesionario y Estado).

2.6 Concesión Minera.- De acuerdo con la Ley de Minería (Art. 30), *“la concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías...”*. Respecto a esta definición caben dos comentarios:

Nuestro país sigue la tendencia mundial de que las concesiones mineras deben ser emitidas mediante un acto administrativo. En Chile la

concesión se otorga mediante una sentencia de órgano judicial (que de paso otorga la propiedad).

Nuestro país en cambio es innovador al señalar que el concesionario minero tiene un derecho personal sobre la concesión. La tendencia mundial en cambio enseña que se trata de un derecho real. Nos parece que lo adecuado es hablar de un derecho real³³, es decir, el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona, y por lo tanto oponible ante terceros. No creemos que los derechos que genera la concesión minera sean similares a los créditos³⁴ que sólo pueden reclamarse de ciertas personas. No sabemos con exactitud de donde provino esta “innovación”; pero parecería que tiene su origen en la intención del Estado de que la concesión no sea libremente transferible, sino que requiera siempre la aprobación previa del Estado para tal efecto. Creemos que se podía lograr el mismo efecto, manteniendo la concepción de derecho real; pero incluyendo al mismo tiempo la autorización previa del Estado para su cesión, sin que ello signifique desnaturalizar a la concesión minera.

³³ Art. 595 del Código Civil.- Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.

³⁴ Art. 596 del Código Civil.- Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.

Siguiendo con la concesión minera, ésta tiene un plazo de duración de hasta 25 años que podrá ser renovado por períodos iguales. De acuerdo con la actual legislación, la exploración inicial puede durar máximo 4 años, la exploración avanzada máximo 4, y la evaluación económica 2 (ello, sin sumar el tiempo que se pudo haber dedicado a prospección, que toma también al menos un par de años). Una vez que se haya suscrito el contrato de explotación minera, el concesionario deberá obtener algunos permisos y licencias nuevos y empezará la fase de desarrollo de la mina (construcción de la mina e infraestructura necesaria) lo que puede tomar un promedio de 3 años, antes de iniciar la extracción comercial. Es decir, con una concesión minera de 25 años, el contratista sólo podrá dedicarse a la extracción durante quizá 12 años, sin que haya garantía de que la concesión será renovada y, por lo tanto, de que su contrato de explotación seguirá en pie. Grave falencia legal, que además desincentiva la inversión.

Finalmente, el último tema a tratar relacionado con las concesiones mineras y que tiene que ver con los contratos es lo que dispone el Art. 39, inciso 2º de la Ley de Minería: *“Ningún concesionario minero podrá tener uno o más títulos que en su conjunto sumen un área superior a cinco mil hectáreas mineras a partir de la etapa de explotación. No obstante lo anterior, el reglamento general de esta ley establecerá los criterios técnicos para el establecimiento de áreas de protección de los proyectos mineros en etapa de explotación”*. No existe claridad respecto a cómo interpretar la limitación de las 5.000 Has. en explotación; al menos existen 2 formas de interpretación: (i) que el concesionario que ha suscrito el

contrato de explotación no puede tener más de 5.000 Has. en total, incluyendo otras concesiones que pueda tener y que estén en una fase diferente, debiendo renunciar o cederlas en lo que exceda a dicho límite; o, (ii) que el concesionario que ha suscrito el contrato de explotación no puede tener más de 5.000 Has. en explotación (más propiamente debería hablarse de extracción) y que formen parte del contrato de explotación, sin que tenga límite en otras concesiones que puedan estar en una fase diferente. Particularmente, creemos que esta segunda es la interpretación adecuada; pues, lo contrario, significaría más bien castigar al concesionario minero que ha pasado a explotación, en vez de incentivarlo.

2.7 Patente de conservación de concesión.- Los concesionarios mineros deben pagar una patente de conservación de la concesión en forma anual; la misma que, ya en fase de explotación es igual al 10% de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera concesionada (mientras que la pequeña minería paga tan solo USD10 por cada hectárea minera). El retraso en el pago de esta patente es para la Ley de Minería algo tan grave como un daño ambiental, o como una violación de derechos humanos, o como una destrucción del patrimonio cultural; pues, de no realizar el pago a tiempo se produce la caducidad de la concesión minera y por lo tanto la terminación del contrato de explotación minera. La Ley de Minería señala que “...*En ningún caso, ni por vía administrativa o judicial, se otorgará prórroga para el pago de esta patente...*”. Nos parece una sanción excesiva; pues si por cualquier razón, el concesionario se retrasa en el pago durante la fase de explotación, podría darse terminado su contrato, perdiendo significativamente sus inversiones realizadas y

dejando de percibir los ingresos futuros esperados en la comercialización de los minerales objeto del contrato de explotación. Esta disposición legal debería ser objeto de una prueba de constitucionalidad, pues no se alinea a lo dispuesto en el Art. 76, #6 de la Constitución de la República³⁵.

2.8 Contenido del Contrato de Explotación Minera.- De acuerdo con la Ley de Compañías (Art. 41), el contrato debe contener *“las obligaciones del concesionario minero en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías y actividades de cierre parcial o total de la mina incluyendo el pago de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión”*. Nótese que según esta disposición el concesionario debe asumir la obligación de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión (es decir, 25 años y sus renovaciones); mientras que, la Constitución de la República (Art. 396) establece que *“las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”*.

El Contrato deberá contener también el precio base para la aplicación del impuesto a los ingresos extraordinarios; el derecho del concesionario a suspender las actividades mineras (sujeto al pago de una compensación económica al Estado) en el caso que las condiciones técnicas o de mercado le impidan cumplir con los plazos establecidos; la resolución de diferencias y/o controversias (los cuales sólo podrán

³⁵ Art. 76, #6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

someterse a los jueces de la Función Judicial del Ecuador o de una instancia de arbitraje en Latinoamérica).

2.9 Obligaciones Laborales.- El Art. 67 de la Ley de Minería establece que *“Las obligaciones de orden laboral contraídas por los titulares de derechos mineros con sus trabajadores, serán de su exclusiva responsabilidad y de ninguna manera se harán extensivas al Estado”*. Cabe preguntarse entonces, qué sucedería si efectivamente se produjera un caso de incumplimiento de las obligaciones laborales del concesionario minero y éste no estuviere en capacidad de cubrir sus obligaciones? Otra pregunta importante es qué pasaría en caso de producirse daños o pasivos ambientales y además pasivos laborales? Debería cubrirse primero a los laborales (por ser créditos privilegiados de primera clase), o a los ambientales (por ser de interés público). La respuesta se complica cuando la propia Constitución de la República (Art. 11, # 6) señala que *“Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”* [el subrayado es nuestro].

Siguiendo con las obligaciones laborales en materia minera, los trabajadores vinculados a esta actividad reciben sólo el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante es pagado al Estado (que lo debe destinar, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social); mientras que, para el caso de los trabajadores de la pequeña minería la repartición es 10% y 5% respectivamente. Este porcentaje menor de utilidades para los

trabajadores mineros se ampara en normas Constitucionales³⁶. Para el empleador, no existe afectación; pues su costo (15%) sigue siendo el mismo de cualquier manera.

2.10 Participación en los Beneficios.- De acuerdo con la Constitución de la República (Art. 408), el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables en un monto no menor a los del concesionario que los explota. Para tal efecto, se debe incluir dentro de ese cálculo: la regalía acordada contractualmente sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios (no menor al 5% sobre las ventas), el 25% del impuesto a la renta, el 12% de las utilidades, el 70% del impuesto sobre los ingresos extraordinarios y el 12% del impuesto al valor agregado.

2.11 Contrato de Prestación de Servicios.- Este tipo de contrato no es materia del presente trabajo; sin embargo, vale la pena decir que, el prestatario tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para el caso de los contratos de explotación minera; con las siguientes salvedades: (i) está sujeto a un proceso de adjudicación previo (pues el prestatario, no es o deja de ser titular de una concesión minera); (ii) el prestatario recibe una remuneración (no una participación en los beneficios); y, (iii) el prestatario no está sujeto al pago de regalías ni al impuesto a los ingresos extraordinarios.

³⁶ Art. 328, inciso final de la Constitución de la República:

Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables.

CAPÍTULO III: LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN MINERA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Veamos ahora, si los otros países de la región tienen diversas modalidades de contratos mineros, o si en su defecto existe uno sólo (el de explotación), o si simplemente no existen contratos (bastando el título de concesión minera, como era en nuestro país hasta antes del 2009).

3.1. BOLIVIA

Ley N° 1777 del Código de Minería de Bolivia únicamente establece la figura del título de concesión minera, es decir, no existen contratos de explotación minera o contratos de servicios mineros³⁷.

Es así que, la concesión minera otorga a su titular el derecho real y exclusivo de realizar por tiempo indefinido actividades de prospección, exploración, explotación, concentración, fundición, refinación y comercialización de todas las substancias minerales que se encuentren en ella. Más expresamente, el Código de Minería (Art. 10) determina que se la obtiene por concesión del Estado y se la adquiere por actos jurídicos entre vivos y por causa de muerte, conforme a la ley civil.

En todo caso, al igual que casi todas las legislaciones, se establecen otros contratos que pueden suscribirse sobre la concesión minera o que se

³⁷ Artículo 2o. El Estado a través del Poder Ejecutivo, otorgará concesiones mineras a las personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, que las soliciten ante el Superintendente de Minas de la jurisdicción, conforme a las normas del presente Código.

relacionan con ésta. Es así que, ampliamente establece que sobre las concesiones, actividades mineras y sus productos pueden celebrarse toda clase de actos y contratos, los mismos que se rigen por el propio Código de Minería y, en lo que fuere aplicable, por el Código de Comercio, Código Civil y otras normas legales pertinentes (Art. 68 del Código de Minería). Ejemplos de estos contratos relativos a concesiones mineras son: los de transferencia, los de riesgo compartido, de arrendamiento, los de opción de compra, préstamos, hipoteca, etc.; los que para tener eficacia jurídica, deben celebrarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro Minero a cargo del Servicio Técnico de Minas y en el Registro de Derechos Reales (Art. 69 del Código de Minería).

3.2. COLOMBIA

El Código de Minas de Colombia (Ley 685; Diario Oficial No. 44.545, de 8 de septiembre de 2001), establece la figura del contrato de concesión minera; el cual se podría calificar (de hecho así lo hace el propio Código en forma indirecta) como un *título minero*. Este contrato de concesión minera reemplazó a las figuras jurídicas existentes bajo la legislación minera Colombiana anterior al año 2001 (entre otras a: licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación, contratos celebrados sobre áreas de aporte, y títulos de propiedad privada de minas).

El Código de Minas establece que únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional (Art. 14). Deja claro la legislación colombiana que los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el

subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado.

El contrato de concesión no transfiere al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales *"in situ"*; sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades (Art. 15).

En Colombia existe un modelo del contrato de concesión minera, el mismo que establece un contenido simple de las normas y términos aplicables (objeto, área del contrato, plazo, obligaciones y responsabilidades del concesionario, causales de terminación, entre otras). De la revisión de dicho modelo, podemos concluir que es muy similar a cualquier título de concesión minera, lo cual en lo principal significa que son simplemente de adhesión, sin lugar a negociación contractual; de ahí que, cuando la legislación minera colombiana habla de contrato de concesión minera, es simplemente porque bajo dicha legislación a las concesiones se les considera como contratos, antes que como actos administrativos unilaterales.

3.3. CHILE

La Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras de Chile (Ley 18.097; publicada en el Diario Oficial de 21.01.82) y el Código de Minería de Chile (Ley S/N) establecen la figura de concesiones mineras; pudiendo ser éstas de exploración o de explotación.

Se define a las concesiones mineras como “*derechos reales e inmuebles; distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponibles al Estado y a cualquier persona; transferibles y transmisibles; susceptibles de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rigen por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles*” (Art. 2, Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras). Es así que la Ley permite el derecho a entablar acciones posesorias o reivindicatorias sobre las concesiones mineras.

La concesión de exploración no puede tener una duración superior a 4 años. Sin embargo, lo realmente interesante de Chile es que la concesión de explotación tiene una *duración indefinida*.

En Chile, las concesiones mineras se constituyen mediante sentencia dictada por los tribunales ordinarios de justicia, en procedimiento seguido ante ellos y sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona (Art. 5 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, y Arts. 34 y 91 del Código de Minería).

La sentencia que otorga la concesión constituye el título de propiedad sobre ella y da originariamente su posesión (Art. 91 del Código de Minería).

Al ser la concesión un derecho real e inmueble que otorga la propiedad, sigue la misma suerte que las reglas generales aplicables al dominio (tradición por escritura pública, acciones posesorias y reivindicatorias, prescripción adquisitiva, hipotecas, etc.).

3.4. PERÚ

El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92-EM; publicado el 03-06-92) establece la figura jurídica de concesión minera; la cual otorga a su titular un derecho real y son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que la ley exige.

La legislación Peruana establece varias clases de concesiones mineras, a saber:

- ┘ La concesión minera para exploración y explotación (Artículo 9, Ley General de Minería).
- ┘ La concesión de beneficio, esto es, el derecho a extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de minerales desarraigados y/o a fundir, purificar o refinar metales, ya sea mediante un conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos (Artículo 18, Ley General de Minería).
- ┘ La concesión de labor general, esto es, toda actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos o más concesiones de distintos concesionarios (Artículo 19, Ley General de Minería).
- ┘ La concesión de transporte minero, es decir, todo sistema utilizado para el transporte masivo de productos minerales, por métodos no convencionales (Artículo 22, Ley General de Minería).

En Perú, y de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 122 de la Constitución Política del Perú, la concesión minera obliga a su trabajo, obligación que consiste en la inversión para la producción de sustancias minerales. La producción deberá obtenerse no más tarde del vencimiento del

sexto año, computado a partir del año en que se hubiera otorgado el título de concesión.

Vale la pena resaltar que Perú, adicionalmente, ofrece a los inversionistas mineros la posibilidad de suscribir un *Contrato de garantías y medidas de promoción a la inversión*; el cual otorga, entre otros, los siguientes beneficios:

- ⌋ Estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa;
- ⌋ La tributación grava únicamente la renta que distribuyan los titulares de la actividad minera.
- ⌋ Deducción de tributos internos que incidan en su producción;
- ⌋ Las inversiones que efectúen los titulares de la actividad minera en infraestructura que constituya servicio público, serán deducibles de la renta imponible, siempre que las inversiones hubieren sido aprobadas por el organismo del sector competente;
- ⌋ No discriminación en materia cambiaria, en lo referente a regulación, tipo de cambio, u otras medidas de política económica;
- ⌋ Libertad de remisión de utilidades, dividendos, recursos financieros y libre disponibilidad de moneda extranjera en general;
- ⌋ Libre comercialización de la producción, interna o externa;
- ⌋ Simplificación administrativa para la celeridad procesal, en base a la presunción de veracidad y silencio administrativo positivo ficto en los trámites administrativos;
- ⌋ La no aplicación de un tratamiento discriminatorio respecto de otros sectores de la actividad económica.

3.5. MODELO DE CONTRATO MINERO DE LA IBA (ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE ABOGADOS).

La Asociación Internacional de Abogados (IBA por sus siglas en inglés) en Abril del 2011 presentó a la comunidad internacional de abogados el documento denominado MMDA 1.0 (*Model Mine Development Agreement*, primera versión). Este es el producto del trabajo de cerca de dos años del Comité Legal Minero de la IBA. A pesar de denominarse “modelo”, realmente consiste en la compilación de ejemplos de cláusulas incluidas en acuerdos/convenios/contratos mineros ya existentes. Al haber sido desarrollado por la IBA, contó con la participación directa de prestigiosos abogados mineros de Estados Unidos de América, Reino Unido, Sudáfrica, Australia, Canadá, Francia e Indonesia; más la participación indirecta y aportes de abogados de otros países. A pesar de constituirse en uno de los mejores modelos que se podrían seguir para contratos mineros, no nos es de mucha utilidad en cambio como un aporte doctrinario al Derecho; pues, se trata de un documento bastante práctico y operativo. De cualquier manera, a continuación incluimos algunos temas relevantes que sugiere el MMDA 1.0:

- ∩ Plazo.- El plazo debería ser el que acuerden las partes o establezca la legislación como máximo; pudiendo renovarse en caso de que aún exista mineral explotable, no haya habido incumplimientos sustanciales del concesionario minero y el contrato no haya sido terminado anticipadamente. Esto da seguridad jurídica al concesionario, quien sabe claramente que puede continuar realizando inversiones sin temor a terminaciones anticipadas del contrato, o con el riesgo de que el mismo no sea renovado.

- ┘ Propiedad de los minerales.- Una vez extraídos los minerales pasan a ser propiedad del concesionario. Nuestra actual Ley de Minería no establece claramente este traspaso de propiedad de los minerales, como sí lo hacía la anterior ley.
- ┘ Convenios de desarrollo comunitario.- Los concesionarios mineros deberían entrar en un proceso de diálogo y negociación con las comunidades en donde desarrollan su proyecto, a fin de establecer parámetros de colaboración mutua que permitan la operación minera. Esta es una práctica de la industria minera internacional. En nuestro país, a fin de obtener una licencia ambiental para proyectos como los mineros, se requiere la aprobación previa de un estudio de impacto ambiental, el cual incluye a su vez un plan de manejo ambiental en el cual se establecen los lineamientos que seguirá el concesionario minero en sus relaciones con las comunidades de influencia directa e indirecta.
- ┘ Responsabilidad ambiental después del cierre de mina.- Se recomienda un plazo de 5 años después del cierre, durante los cuales el concesionario minero sea responsable de daños ambientales. Nuestra Constitución de la República establece que las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.
- ┘ Solución de controversias.- En caso de que las controversias, por cualquier razón que se hubieren originado, no hayan sido resueltas en forma amigable, éstas deben ser resueltas por arbitraje ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a

Inversiones), organismo relacionado al Banco Mundial, debiendo bajo este escenario el Estado renunciar a jurisdicción y a alegar cualquier inmunidad soberana. Para tal propósito se considera como una “inversión” al contrato minero.

CAPÍTULO IV: PRINCIPALES CLÁUSULAS CONFLICTIVAS PARA SU NEGOCIACIÓN.

Antes de realizar un análisis de las principales cláusulas conflictivas en la negociación de los contratos de explotación minera, debemos empezar detallando el contenido y estructura de este tipo de contratos (si bien, ya habíamos realizado una introducción en el Capítulo II), a fin de posteriormente entrar a ubicar y contextualizar las cláusulas más conflictivas. Es así que el contenido y estructura que ha sido diseñado y acordado por las Partes para estos contratos, es como sigue:

1. Naturaleza e interpretación del contrato;
2. Objeto, plazo y modificaciones;
3. Términos, condiciones y plazos para las diferentes etapas mineras;
4. Derechos y obligaciones de las partes;
5. Inicio de actividades y suspensión de actividades;
6. Obligaciones en materia de gestión ambiental y con las comunidades;
7. Presentación de garantías y seguros;
8. Participación del Estado y del concesionario minero, porcentaje y pago de regalías, pago de regalías anticipadas, obligaciones

tributarias y participación laboral, factores de corrección, precio base para la aplicación del impuesto a las ganancias extraordinarias;

9. Plan general y planes anuales de trabajo e inversiones;
10. Cierre parcial o total de la mina;
11. Inspecciones, control y auditorias;
12. Fuerza mayor y caso fortuito;
13. Terminación del contrato y caducidad de la concesión minera; y,
14. Resolución de diferencias y/o controversias.

Personalmente hemos tenido el privilegio de participar directamente como parte de un equipo negociador de una de las compañías mineras que se halla negociando con el Estado la suscripción de un contrato de explotación minera; lo cual nos ha permitido identificar claramente las cláusulas que han sido más conflictivas en la negociación de este tipo de contratos, y que pasamos a explicarlas y analizarlas a continuación (descartando evidentemente a las cláusulas económicas, por no ser de nuestra materia de estudio):

4.1 DEFINICIÓN DE INVERSIONES

No existe una definición específica de inversión dentro de la legislación minera; por ello, les ha correspondido al Estado y al concesionario minero ponerse de acuerdo en dicha definición. Existen, sin embargo, varias referencias en otros cuerpos legales que podrían ser utilizadas, al menos como referenciales; una de las más apropiadas es la establecida en el Código de la Producción (Art. 12), el cual incluye dentro de las mismas, entre otras, a:

- ┆ La participación en el capital de una compañía nueva o existente, realizada mediante aportes en numerario o en especie, incluyendo bienes intangibles;
- ┆ La adquisición de participaciones, acciones, cuotas sociales, y en general, aportes que representen derechos sobre el capital de una compañía;
- ┆ La adquisición de bienes inmuebles y muebles tangibles (plantas industriales, maquinarias y equipos en funcionamiento, etc.);
- ┆ Los derechos contractuales (contratos de colaboración, concesión, participación, prestación de servicios, etc.);
- ┆ Los derechos conferidos por la ley (licencias, autorizaciones, permisos, etc.);
- ┆ Las contribuciones tecnológicas intangibles (patentes, modelos industriales, conocimientos técnicos, etc.); y,
- ┆ La reinversión mediante la capitalización de utilidades.

De todas formas al tratarse de un contrato, que puede ser sujeto de modelamiento a cada caso en particular, les ha correspondido al Estado y al concesionario minero ponerse de acuerdo en dicha definición. Las principales interrogantes que surgen al respecto son:

- ┆ Si debe incluirse las inversiones pre-operacionales realizadas antes de la suscripción del contrato minero? La respuesta es claramente

afirmativa, pues sin ellas no se habría llegado a descubrir el yacimiento explotable que es objeto del contrato minero.

- ┘ Si debe incluir las inversiones realizadas en el exterior? La respuesta es más difícil, y quizá amerita una doble respuesta: (i) para efecto del contrato minero quizá no, si es que tales inversiones no han sido traídas de alguna forma al país (esto debería plasmarse en el contrato de explotación minera); y, (ii) para efectos de protección de la inversión quizá sí, pues se busca dar seguridad al inversionista respecto a todas sus inversiones vinculadas al proyecto en Ecuador, independientemente de dónde se las haya incurrido, y en tanto en cuanto sean efectivamente demostrables (esto debería plasmarse en el contrato de inversión).

- ┘ Qué otras incidencias importantes tiene el concepto de inversiones en el contrato minero? Al menos dos: (i) el contrato determina un plan de inversiones que debe cumplirse, por lo tanto se debe estar claro respecto a qué incluye a fin de determinar si se ha cumplido o no con dicha obligación; y, (ii) quizá la más importante desde nuestra óptica jurídica es que la actual Ley de Minería -como uno más de sus desaciertos- establece que las multas a los concesionarios por infracciones tomará en cuenta el monto de las inversiones (castigando más, a quien más invierte y contrariando en forma expresa el mandato constitucional de que las sanciones deben ser proporcionales a la infracción cometida, así como contrariando la promoción de las inversiones (este tema ya fue analizado en el punto 1.4 supra).

4.2 PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN

En cuanto a la protección de la inversión, el actual Código de la Producción y su Reglamento³⁸ establecen la posibilidad de suscribir un contrato de inversión (por cuerda separada al contrato minero), el cual debe establecer el tratamiento reconocido a la inversión y la estabilidad del régimen impositivo aplicable a la misma.

Para poder acceder a la suscripción del contrato de inversión se requiere realizar una inversión mínima nueva equivalente a USD 250.000 durante el primer año de inversión planificada. Estos montos serán fácilmente alcanzables para las compañías mineras, inclusive para aquellas consideradas pequeñas; por lo que se avizora un gran número de solicitudes de contratos de inversión.

Los contratos de inversión pueden tener una vigencia de hasta 15 años a partir de la fecha de su celebración, pudiendo prorrogarse por una sola vez hasta por el mismo plazo originalmente concedido. Estos contratos están sujetos a arbitraje en caso de controversias, excepto en temas tributarios (los que se someten a la jurisdicción ordinaria).

El tema más relevante es el otorgamiento de estabilidad de los incentivos tributarios por el periodo de vigencia del contrato. Los incentivos fiscales más importantes que se pueden otorgar son, entre otros:

- ⌋ La reducción progresiva de tres puntos porcentuales en el impuesto a la renta;

³⁸ Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, Establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

- ┘ Los que se establecen para las zonas económicas de desarrollo especial;
- ┘ La exoneración del impuesto a la salida de divisas para las operaciones de financiamiento externo;
- ┘ La exoneración del anticipo al impuesto a la renta por cinco años para toda inversión nueva;
- ┘ La deducción adicional del 100% del costo de contratación de nuevos trabajadores en zonas deprimidas, por cinco años.

Vale la pena indicar que ninguno de los beneficios del Código de la Producción es aplicable a aquellas inversiones de personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en paraísos fiscales.

Si comparamos el *Contrato de Inversión* de Ecuador con el *Contrato de garantías y medidas de promoción a la inversión* de Perú, se nota fácilmente que el de nuestro país ofrece realmente mejores incentivos, al otorgar reducciones y exoneraciones de algunos impuestos más una estabilidad de los incentivos tributarios por un plazo de 15 años renovables.

4.3 PLAZO DEL CONTRATO

Este es uno de los temas más conflictivos de los contratos mineros desde un punto de vista del Derecho Minero y Administrativo. Por qué? El concesionario minero desde que empieza labores de exploración cuenta con un título de concesión minera, el cual bajo la actual legislación no puede durar más de 25 años, renovables por períodos iguales; lo cual podría significar que el concesionario –descontando los años que pasa en fase de exploración-

podría tener con suerte alrededor de 12 años para dedicarse a la explotación. Por otro lado, el concesionario cuenta con un contrato de explotación que le impone también un plazo. Aquí surge la controversia jurídica respecto a qué es lo principal y qué es lo accesorio: la concesión o el contrato minero?

Lo lógico debiera ser que el contrato pueda subsistir por sí mismo, inclusive sin una concesión, tratándolo como una nueva relación jurídica entre el Estado y el contratista (ya no concesionario); la cual está sujeta a una serie de nuevos términos y condiciones (mucho más extensos y específicos) diferentes a los de la concesión (extremadamente simples y limitados). Si siguiéramos una de las teorías del Derecho Administrativo de que la concesión es un contrato, entonces nos hallaríamos en el presente caso en una situación sui géneris, al tener dos contratos que subsistirían al mismo tiempo (el contrato de concesión y el contrato de explotación minera). Finalmente, para reforzar aún más esta posición, cabe preguntarse ¿una vez que se ha suscrito el contrato minero, para qué sirve la concesión minera?, y no encontramos ninguna respuesta que dé valor y sostenga la subsistencia de la concesión minera en dicho punto.

Por su parte, otra corriente defiende que lo principal es la concesión, considerando que las actividades mineras inician formalmente con un título de concesión minera, otorgado excepcionalmente a través de un acto administrativo, el cual confiere a su titular el derecho exclusivo para (entre otras actividades) explotar. A ello, se suma el argumento de que para poder suscribir un contrato minero se requiere ser titular activo de una concesión minera (argumento que es correcto para el caso de suscribir un contrato de explotación minera; pero se desvanece para la suscripción de un contrato de servicios

mineros en el cual al contrario no cabe la titularidad de una concesión). El argumento más fuerte de esta corriente es que de acuerdo con la Ley de Minería (Art. 41), *“el titular de una concesión minera no podrá realizar labores de explotación sin haber suscrito previamente el respectivo contrato”*, pudiendo entenderse que esta disposición establece la accesoriedad del contrato.

La cláusula de plazo no sería una de las más discutidas, si de alguna forma el Estado pudiera garantizar al concesionario minero que tanto la concesión como el contrato minero serán extendidos automáticamente según requiera la vida del yacimiento; de lo contrario, se constituye en otra causa para desincentivar las inversiones en esta industria.

4.4 GARANTÍA DE CASA MATRIZ

El Estado actualmente intenta solicitar a las compañías especialmente relacionadas con la explotación de recursos naturales no renovables, una garantía de sus casas matrices sobre el cumplimiento de todas las obligaciones que el concesionario minero contrae bajo el contrato minero. Aparentemente, esto ya habría ocurrido con los recientes contratos suscritos de servicios petroleros; sin embargo, cabe anotar que casi todas –si no todas- las compañías petroleras que tienen estos contratos son sucursales de compañías extranjeras, en cuyo caso cabe hablar entonces de una casa matriz que se hace responsable de una extensión (la sucursal) suya en Ecuador.

En la industria minera es diferente, pues casi todas –si no todas- las compañías mineras son sociedades ecuatorianas, con capitales accionarios extranjeros; con lo cual, no hay casa matriz entonces que otorgue esa clase de garantías generales y abiertas por el cumplimiento de todas las obligaciones de

las compañías mineras ecuatorianas. Ello contrariaría principios básicos del Derecho que enseña que *el patrimonio de la sociedad es diferente del patrimonio de sus accionistas*, recogido también por nuestra legislación societaria³⁹. Suena mucho más razonable que los accionistas estén dispuestos a entregar una garantía del cumplimiento de las inversiones comprometidas (es decir, de capitalización o financiamiento); pero no una garantía por todo tipo de obligaciones.

4.5 RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

Actualmente, por precepto Constitucional, la responsabilidad ambiental en nuestro país es de carácter extracontractual objetiva, es decir, debe reunirse tres presupuestos: 1) Un daño o perjuicio; 2) No se requiere que haya dolo ni culpa (sólo que el daño provenga de una actividad potencialmente riesgosa); y, 3) Un vínculo de causalidad entre el uno y el otro.

De su parte, la Ley de Minería (Art. 41, inciso final) establece que los contratos de explotación minera deben contener la obligación de pago de todos los pasivos ambientales *“correspondientes a un período equivalente al de la concesión”*. Mientras que por otro lado, la Constitución de la República (Art. 396, inciso final) establece que *“las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”*.

Los contratos de explotación minera actualmente bajo negociación recogen el principio de precaución, al estipular que el concesionario minero tomará las precauciones necesarias para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar,

³⁹ Art. 143 Ley de Compañías.- La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones.

remediar y compensar los impactos negativos que sus actividades mineras puedan tener sobre el ambiente y la comunidad.

Así mismo estos contratos establecen que en caso de que se produzca un pasivo ambiental que se determine luego del debido proceso, haber sido causado por el concesionario minero, y resultare de responsabilidad del mismo, el Estado exigirá a éste la indemnización y compensación proporcional a dicho pasivo ambiental, aplicando el principio de responsabilidad objetiva consagrado en el Art. 396⁴⁰ de la Constitución de la República.

4.6 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Esta es otra de las cláusulas conflictivas, pero al mismo tiempo con poco margen de negociación. El contrato de explotación minera establece que todas las desavenencias que estén relacionadas directamente con temas de caducidad y nulidad de la concesión minera y con asuntos de naturaleza tributaria, no podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán ser sometidas a los tribunales competentes de la República del Ecuador. Respecto a los temas tributarios, el novísimo Código de la Producción (Art. 26) introdujo ya la prohibición de que asuntos de naturaleza tributaria sean sometidos a arbitraje (ni nacional ni internacional).

⁴⁰ ...

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

...

Sin embargo, no existe norma alguna en nuestra legislación que establezca que las controversias derivadas de la declaratoria de caducidad no sean materia arbitrable. Es entonces el Estado como propietario de los recursos objeto del contrato minero, quien se encuentra en la posibilidad de imponer –a través de su *Poder de Imperio*- sus condiciones y posiciones no negociables: la caducidad es una de ellas. No le queda más al concesionario que aceptarlas, rechazarlas o negociarlas (dependiendo del gobierno de turno).

CONCLUSIONES.

1. Podemos empezar señalando que la minera en general en Ecuador se halla atravesando por un momento histórico trascendental y de transición; pues se halla -después de varios siglos- a las puertas de iniciar la explotación de minerales metálicos a gran escala, con dos grandes proyectos mineros (*Mirador*, cuyo mineral principal es el cobre; y, *Fruta del Norte*, cuyo mineral principal es el oro). Ello significaría, primero, la venida de grandes capitales de inversión (con todo el efecto dominó que se generará); y, luego, la generación de importantes ingresos económicos para el país.

2. Si estos proyectos se concretan finalmente, representarán grandes retos para la comunidad minera; pues tanto autoridades como concesionarios deberán aprender mucho de esta nueva industria; el desconocimiento y vacíos existentes deberán ir llenándose de a poco. Para la comunidad inmersa en el Derecho Administrativo y en el Derecho Minero, el reto y la responsabilidad son también importantísimos; pues estas ramas del Derecho se verán obligadas a aprender y desarrollar próspera y rápidamente, ojalá tomando como ejemplo las mejores prácticas internacionales.

3. Para llegar a este estado de cosas, la legislación minera ha tenido que partir desde una legislación simplificada del Código Civil (1860), luego preceptos generales recién introducidos en la Constitución (1929), pasando por cinco

diferentes versiones de Ley de Minería (1961, 1974, 1985, 1991 y 2009), y un llamado Mandato Minero (2008).

4. La última versión de la Ley de Minería, es el resultado de lo que podríamos llamar el "*Tsunami Minero*" -resultante de la actual Constitución y del Mandato Minero (ambos del año 2008)-, que, en lo principal, provocó: (i) la extinción y caducidad de casi la mitad de las concesiones que habían sido otorgadas hasta ese momento, (ii) la suspensión de las actividades mineras de exploración en el país hasta que el nuevo marco legal minero entró en aplicación (2009-2010), y (iii) la negociación de los primeros contratos de explotación minera a gran escala en el país. Sin embargo, la actual legislación minera, aún tiene falencias y vacíos que deberán irse completando en el transcurso de los próximos años, según deba irse adaptando a las necesidades de las operaciones y de los actores mineros.

5. Nuestra actual Ley de Minería es sin duda "*original*", pues parece ser realizada a la medida de las actuales circunstancias que vive el país, en lo político (ley demasiado Estatista), social (en lo que respecta a las relaciones comunitarias y los beneficios que éstas recibirán), ambiental (con los derechos de la *pacha mama* y la imprescriptibilidad de las acciones por daños ambientales) y económico (con el pago de regalías altísimas con relación a otros países, y asegurando en todo caso una participación mínima del Estado en el 50% de los beneficios de la explotación minera). Hablando con algunos de los autores de esta Ley, vemos que a pesar de contar con asesoría especialmente chilena, nuestra Ley no ha seguido realmente esa línea, ni de ninguna otra legislación en particular.

6. Aún parecería temprano evaluar el impacto de esta “originalidad” en el desarrollo de la industria minera en Ecuador. Estamos cerca de los tres años de vigencia de la Ley, y hasta la fecha no se han firmado ni siquiera los contratos de explotación de los proyectos más importantes de gran escala que estaban listos para arrancar; peor aún hablar de nuevas inversiones en exploración minera. Ni la propia Empresa Nacional Minera ha podido consolidarse hasta el momento.
7. La actual Ley de Minería es muy similar a la primera Ley de Minería, en cuanto a: establecer períodos de tiempos máximos y rígidos para exploración y explotación, limitar la extensión del área de la concesión de explotación y, establecer el pago de regalías en adición a todos los demás impuestos correspondientes. Al menos en estos temas, parecería entonces que nuestra legislación minera ha tenido un retroceso en su maduración, avizorándose -en consecuencia- como ocurrió con la primera Ley, poca inversión minera.
8. De acuerdo con la Ley de Minería, el título de concesión minera confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión. Sin embargo, este derecho exclusivo, en especial a partir de la explotación, se ve vulnerado fácilmente, cuando -por otro lado- la propia Ley establece que una vez que se inicia la fase de explotación, el concesionario debe firmar necesariamente un contrato con el Estado (sea de explotación o de prestación de servicios).

9. El país debería ofrecer seguridad jurídica en materia de explotación minera. El concesionario minero debería someterse desde el principio a las reglas de un *título minero* (acto administrativo), o a un *contrato minero* (contrato administrativo), desde la prospección hasta el cierre; sin cambiarle las reglas a mitad del camino. Consideramos un error que se utilice ambas figuras para un mismo inversionista; pues se utiliza el título minero mientras el concesionario minero invierte en el país a su costo y riesgo; pero se le obliga a “negociar” un contrato en el momento que encuentra minerales explotables y quiere recuperar su inversión y obtener lógicamente una ganancia. Creemos que esta modalidad mixta “sepultará” a nuevas inversiones mineras para actividades de prospección y exploración; puesto que, resulta imposible pensar que un empresario minero esté dispuesto a invertir millones de dólares durante 5 a 8 años aproximadamente (que duran las fases de prospección y exploración), para que en el *remoto caso* de que encuentre un yacimiento explotable, el Estado le diga que recién entonces debe sentarse a negociar un contrato minero bajo condiciones desconocidas.
10. Como conclusión general, antes de entrar a aquellas específicas, a la que arribamos respecto al modelo de contrato de explotación minera que se halla actualmente bajo negociación, es que el modelo no es más que un reflejo de la propia Ley de Minería, de la Constitución actual y, por supuesto, de la política del Gobierno de turno. Como ha quedado dicho en este trabajo, la legislación minera vigente tiene varias falencias y vacíos, que evidentemente no pueden ser cambiados a través de un instrumento jurídico jerárquicamente inferior como lo es un contrato; por lo tanto, el

modelo de contrato ha tenido que simplemente ajustarse a lo que la legislación dispone. El modelo no otorga seguridades reales y menos aún incentivos a los concesionarios mineros; sin embargo, una vez suscritos los contratos, éstos contendrán las reglas de juego aceptadas “libre y voluntariamente” por las partes, en las cuales -tratándose de contratos de Derecho Público/Administrativo/Minero- el Estado siempre tendrá a su favor el *Poder de Imperio*.

11. La carga tributaria que deben soportar los Contratos de Explotación Minera parece exagerada con relación a la industria internacional; pues para empezar, por precepto Constitucional, el Estado participa en al menos el 50% de los beneficios de la explotación; sin embargo, este porcentaje se puede ver afectado considerablemente a favor del Estado en caso de subidas en el precio de los minerales, debido a la aplicación del impuesto del 70% a los ingresos extraordinarios; mientras que, por el otro lado, no existe garantía alguna ni alivio tributario tan siquiera para el concesionario en caso de bajas considerables en el precio de los minerales. Mientras dure la actual Ley, con esa filosofía exageradamente Estatista-Fiscalista, únicamente aquellos inversionistas que ya encontraron o cuentan con yacimientos explotables continuarán con sus inversiones en el país.

12. Nuestra Ley de Minería es diminuta en cuanto a establecer los términos y condiciones de los contratos mineros, limitándose únicamente a enlistar el contenido mínimo de los mismos, ejemplo: plazos, gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías, actividades de cierre, participación en los beneficios o remuneración, etc. Sin embargo, ni la Ley ni el Modelo de Contrato de Explotación Minera

detallan el alcance y contenido que deberían tener esas cláusulas, dejándolo todo sujeto a depuración y negociación con los particulares.

13. Como lo indicamos en el desarrollo de este trabajo, la importancia de los nuevos contratos mineros radica en tres aspectos claves: (i) en constituir una carta de presentación ante la comunidad nacional e internacional respecto al marco contractual que se aplicará a una naciente actividad minera a gran escala en Ecuador; (ii) en revelar las virtudes y falencias de la actual legislación minera en el país; y, (iii) en que puedan constituir un ejemplo vivo y termómetro a la vez del conocimiento y aplicación del Derecho Administrativo en Ecuador.

14. Los contratos de prestación de servicios mineros y los contratos de explotación minera tienen un *contenido mínimo “común”*: términos, condiciones y plazos para las diferentes etapas mineras; obligaciones en materia de gestión ambiental y social; relación con las comunidades; garantías; resolución de diferencias y/o controversias, etc.

15. Al mismo tiempo, ambos contratos tienen ciertos *contenidos “específicos”*. Es así que, el contrato de prestación de servicios debe contener la remuneración o retribución del prestatario minero (no estado sujeto éste al pago de regalías ni al impuesto a las ganancias extraordinarias); mientras que, el contrato de explotación minera debe contener el pago de regalías (incluyendo las anticipadas) y el precio base para la aplicación del impuesto a las ganancias extraordinarias.

16. Nuestra legislación es “innovadora” al señalar que el concesionario minero tiene un *derecho personal* sobre la concesión (con el propósito de evitar su

libre transferencia). La legislación comparada en cambio enseña que se trata de un *derecho real*. No creemos que los derechos que genera la concesión minera sean similares a los créditos que sólo pueden reclamarse de ciertas personas. Nos parece que esta nueva concepción significa una desnaturalización de la concesión minera.

17. Otro de los problemas encontrados es el plazo de duración de la concesión minera (el contrato de explotación minera sigue la misma suerte del plazo de la concesión); ésta tiene un plazo de duración de hasta 25 años que podrá (sujeto a la discrecionalidad de la autoridad de turno) ser renovado por períodos iguales. En caso de ser afortunado un proyecto minero podría arrancar con a explotación en un plazo de alrededor de 13 años; lo cual significaría que el contratista sólo podrá dedicarse a la extracción durante quizá 12 años, sin que haya garantía de que la concesión y su contrato de explotación serán renovados. Consideramos que ello es una grave falencia legal, que desincentiva la venida de nuevas inversiones.

18. Otro inconveniente se presenta con la falta de proporcionalidad entre las infracciones y las penas, en quebranto de expresas normas Constitucionales. Dos casos podemos señalar: (i) el no pago de las patentes de conservación puede dar lugar a la caducidad de la concesión y, por lo tanto, a la terminación del contrato; y, (ii) en la gran mayoría de los casos, las infracciones se sancionan en base a cierto número de salarios básicos unificados “más” el 0.1% del valor de la infracción, sancionándose extrañamente más, a quien invirtió más.

19. Hablando de Derecho Comparado, con relación a las legislaciones analizadas en el presente trabajo, podemos concluir que:

- a) Todas las legislaciones permiten que el cateo y la prospección sean libres en todo su territorio nacional; evidentemente, con ciertos lugares restringidos.
- b) Todas las legislaciones exigen que el título o contrato minero, sea por escritura pública y se lo inscriba en el registro público correspondiente. Chile es la excepción, pues las concesiones mineras se constituyen mediante sentencia dictada por los tribunales ordinarios de justicia.
- c) Sea a través de un título o contrato, el concesionario minero debe pagar una contraprestación a favor del Estado, a través de patentes de conservación anual, regalías sobre ventas y/o impuesto a la renta.
- d) Usualmente, los títulos o concesiones tienen un plazo de duración, es decir, una de sus características es la temporalidad; a excepción de: (i) Bolivia, en donde se los otorga por tiempo indefinido desde la etapa de exploración; y, (ii) Chile, en donde igualmente se los otorga por tiempo indefinido, pero desde la concesión de explotación (para exploración el plazo es de 4 años).
- e) En cuanto a la figura utilizada por parte del Estado para el otorgamiento de derechos mineros, existen dos corrientes marcadas que se ajustan a las tendencias mundiales, y claro está existe también la corriente “original Ecuatoriana”:
 - (i) A través de *títulos de concesión minera*, como en Bolivia (un título único para todas las fases), en Perú (títulos de concesión minera

diferentes para cada fase) y, en Chile (una concesión para exploración y otra distinta para explotación).

(ii) A través de *contratos de concesión minera*, como en Colombia (donde existe un solo contrato para todas las fases mineras).

(iii) La corriente original Ecuatoriana, consiste en un *híbrido*, hasta ahora confuso y que tendrá que aclararse cuando se lleguen a firmar los primeros contratos con el Estado; pues, bajo la nueva Ley de Minería, existen y co-existen, por un lado, los títulos de concesión minera y, por otro lado, los contratos de explotación minera o los contratos de prestación de servicios mineros.

f) Pocos países (Perú y Ecuador) ofrecen a los inversionistas mineros la posibilidad legal de suscribir un contrato de garantías y medidas de promoción a la inversión, a través del cual se otorgan, entre otros, beneficios de estabilidad tributaria, legal, cambiaria y administrativa.

20. De la experiencia que hemos tenido en la negociación de los contratos de explotación minera, podemos afirmar que las cláusulas más conflictivas han sido las relacionadas con:

a) La protección de la inversión y beneficios e incentivos tributarios del Código de la Producción (pues, por un lado, tal protección debe establecerse en un contrato de inversión por cuerda separada; y, por otro lado, existe una discriminación en cuanto a los beneficios a los que pueden acceder las compañías mineras con relación a otras empresas productivas).

b) El plazo del contrato que está ligado al de la concesión; plazo que puede quedarse corto en proyectos mineros con grandes reservas y recursos.

La cláusula de plazo no sería una de las más discutidas, si el Estado garantizara al concesionario minero que tanto la concesión como el contrato minero serán extendidos automáticamente según requiera la vida del yacimiento, en base a un estudio de factibilidad certificado.

- c) La garantía solicitada a las casas matrices sobre el cumplimiento de “todas” las obligaciones que el concesionario minero contrae bajo el contrato minero. Sería más razonable que los accionistas estén dispuestos a entregar una garantía del cumplimiento de las inversiones comprometidas (es decir, de capitalización o financiamiento).
- d) En materia ambiental, la Ley de Minería establece que los contratos de explotación minera deben contener la obligación de pago de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión; mientras que, la Constitución de la República establece que las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles. Normas éstas extremadamente fuertes; pero que al tener el carácter de legales y constitucionales no han dejado espacio alguno para su negociación.
- e) Finalmente, la cláusula de solución de controversias es otra de las más conflictivas, pero igualmente con poco margen de negociación. Todas las desavenencias que estén relacionadas con temas de caducidad y nulidad de la concesión minera y con asuntos de naturaleza tributaria, no podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán ser sometidas a los tribunales competentes de la República del Ecuador. El Estado, como propietario de los recursos naturales, se encuentra en la posibilidad de imponer *-Poder de Imperio-* sus condiciones y posiciones “no

negociables”. No le queda más al concesionario que aceptarlas, rechazarlas o negociarlas (dependiendo del gobierno de turno).

BIBLIOGRAFÍA.

Código Civil del Ecuador

Código de Minería de Bolivia

Código de Minas de Colombia

Código de Minería de Chile

Constitución Política del Perú

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449, 20-X-2008).

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva

Fiel Magister 7.2, Ediciones Legales, Julio 2010, Quito-Ecuador

Ley de Minería, Ley s/n (R.O. – S 517, 29-I-2009).

Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras de Chile

Mandato Constitucional 6 (R.O. 2 S 321, 22-IV-2008).

Reglamento General de la Ley de Minería, Decreto 119 (R.O. - S 67, 16-XI-2009).

Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería de Perú

Belaunde Moreira, Martín, *Derecho Minero y Concesión*, Lima, Editorial San Marcos, Segunda Edición, 2007.

Catalano, Edmundo, *Curso de Derecho Minero*, Quinta Edición, Buenos Aires-Argentina, Editorial Zavalia, 1999.

Dromi, José Roberto, *El Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciencia y Cultura, 1999.

Dromi, José Roberto, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Tomo 3, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1991.

Enciclopedia Jurídica OMEBA.

Farrando, Ismael, edit., *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Edit. Abeledo, 2002.

Hutchinson, Tomás & Rosatti, Horacio (Directores), *Contratos Administrativos Tomo I y II*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

Krom, Beatriz Silvia, *La Nueva Minería Sustentable*, Segunda Edición, Buenos Aires-Argentina, Editorial Estudio, 2009.

Núñez Bazante, Carlos Mauricio, *Formas de Participación Privada en la Actividad Minera – Conveniencia de Títulos versus Contratos Mineros*, Monografía de Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2009.

Ortiz Monsalve, Alvaro, *Derecho de Minas*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.

Ossa Bulnes, Juan Luis, *Tratado de Derecho de Minería*, Cuarta Edición, Tomo I, Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Sayagués Lasso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Argentinas, 1996.

Secaira Durango, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito-Ecuador, Editorial Universitaria, 2004.

Torres Gallegos, Galo, *Terminación Unilateral de Contratos Administrativos*, Quito, Biblioteca de Derecho Municipal, 1995.